



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO – FD/UNB

ANTONIO VICTOR CAVALCANTI E SILVA

**A ADC 43 E A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Brasília
2023

ANTONIO VICTOR CAVALCANTI E SILVA

**A ADC 43 E A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Orientador: Professora Dra. Paula Pessoa Pereira.

Brasília - DF
2023

ANTONIO VICTOR CAVALCANTI E SILVA

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Orientador: Professora Dra. Paula Pessoa Pereira.

Aprovada em ___/12/2023

Banca Examinadora

Professora Doutora Paula Pessoa Pereira
(Orientadora)

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes

Professor Doutor Luiz Henrique Krassuski Fortes

Brasília - DF
2023

Resumo

O sistema de precedentes vinculantes previsto no Código de Processo Civil tem o objetivo de estabilização do direito. O caso da execução antecipada da pena restritiva de liberdade, porém, é um tema de alto nível de instabilidade dentro do STF, tendo ocorrido três mudanças de entendimento quanto a esse tema num período de 10 anos. Por essa razão, esse estudo visa analisar os critérios necessários para a superação de precedente para compreender se a última dessas alterações de entendimento, gerada pela votação das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 em 2019, é feita de maneira compatível com as previsões da doutrina relativas a como um precedente deve ser superado. Para tanto, se estuda o funcionamento do STF enquanto corte, verificando seu objetivo, as causas que julga e o seu modelo decisório. Se analisa também o sistema de precedente, compreendendo como se forma o precedente e como é feita a distinção. Além disso, se estuda a superação de precedente, verificando quais as suas justificativas, as suas formas de ser feita, seus efeitos e a possibilidade de um processo que formalmente diga ser superação ser apenas uma desobediência ao precedente. Por fim, é analisada a decisão supracitada, para verificar qual foi a justificativa e técnica utilizada para a mudança de entendimento em relação ao precedente anterior e a compatibilidade dessa atuação com a visão doutrinária sobre a superação de precedentes.

Palavras Chaves: Supremo Tribunal Federal; Superação de Precedentes; ADC 43; segurança jurídica; Precedentes

Abstract

The binding precedents system provided by the Civil Procedure Code aims to stabilize the law. The early execution of sentence, however, is an issue with a high level of instability within the Federal Supreme Court, with three changes in understanding regarding this issue during 10 years. For this reason, this study aims to analyze the criteria necessary for overruling precedent in order to understand whether the last of these changes in understanding, generated by the vote on Constitutionality Declaratory Actions 43, 44 and 54 in 2019, is compatible with the predictions of doctrine relating to how a precedent should be overruled. To this end, the functioning of the STF as a court is studied, verifying its objective, the cases it judges and its decision-making model. The precedent system is also analyzed, understanding how precedent is formed and how the distinguishing is made. Furthermore, overruling is studied, verifying its justifications, its methods, its effects and the possibility of a process that formally claims to be overcoming being just a disobedience to the precedent. Finally, the aforementioned decision is analyzed to verify the justification and technique used for the change of understanding in relation to the previous precedent and the compatibility of this action with the doctrinal view on overcoming precedents.

Keywords: Federal Supreme Court; Overruling; ADC 43; legal certainty; Precedents

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - O SUPREMO FEDERAL ENQUANTO CORTE SUPREMA.....	10
1.1. MODELOS DE CORTES: SUPERIOR E SUPREMA	10
1.1.1. <i>Corte Superior</i>	10
1.1.2. <i>Cortes Supremas</i>	12
1.1.3. <i>Supremo Tribunal Federal enquanto corte de vértice</i>	16
1.2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUAS MÚLTIPLAS FUNÇÕES: SUPREMA CORTE, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E OUTRAS COMPETÊNCIAS.....	17
1.2.1. <i>Suprema Corte</i>	18
1.2.2. <i>Tribunal Constitucional</i>	19
1.2.3. <i>Desenvolvimento do Supremo Tribunal Federal como Corte Guardiã da Constituição</i> .	21
1.2.4. <i>Outras Competências do Supremo Tribunal Federal</i>	21
1.3. MODELOS DECISÓRIOS: MODELO SERIATIM, PER CURIAM, MAJORITARIAN PRACTICE.....	22
1.3.1. <i>Modelo Seriatim</i>	22
1.3.2. <i>Modelo Per Curiam</i>	24
1.3.3. <i>Majoritarian Practice</i>	25
1.3.4. <i>O Sistema do Plenário Virtual</i>	26
CAPÍTULO 2 – PRECEDENTES	29
2.1. HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE PRECEDENTES NA INGLATERRA E NO BRASIL	29
2.2. A RATIO DECIDENDI	34
2.3. OBITER DICTUM.....	35
2.4. EFICÁCIA DO PRECEDENTE E O PROCESSO DE DISTINÇÃO.....	36
2.4.1. <i>Distinção Inconsistente</i>	38
CAPÍTULO 3 – SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES	40
3.1. MOTIVOS PARA A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE.....	41
3.2. MÉTODOS DE ALTERAÇÃO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE	44
3.2.1. <i>Superação Parcial</i>	45
3.2.2. <i>Superação Total</i>	45
3.2.3. <i>Superação Antecipada</i>	46
3.2.4. <i>Sinalização</i>	47
3.2.5. <i>Modulação dos Efeitos do precedente</i>	47
3.3. DESCUMPRIMENTO OU SUPERAÇÃO?.....	48
3.4. A RECLAMAÇÃO COMO FORMA DE SUPERAÇÃO PRECEDENTE? JUSTIFICATIVA E PROBLEMÁTICA	49
CAPÍTULO 4 – COMO EFETIVAMENTE O STF SUPERA PRECEDENTES? ANÁLISE DA ADC 43	50
4.1. HISTÓRICO DA DISCUSSÃO DA MATÉRIA NA CORTE	50

4.2.	DA ARGUMENTAÇÃO PARA A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE.....	52
4.3.	ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO DOS MINISTROS.....	57
CONCLUSÃO		60
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS		63

Introdução

A edição do Código de Processo Civil, em 2015, positivou a aproximação do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema de precedentes, solidificando um processo que ganhava forças desde a última década do século XX, com a garantia do efeito *erga omnis* para as decisões do controle concentrado, com a Emenda Constitucional 3 de 1993. Esse processo se fortaleceu ainda com a criação do filtro recursal da repercussão geral na Emenda Constitucional 45, de 2004, e por fim se consolidando com a sua previsão e consolidação no direito processual civil, com o artigo 927 do CPC, e no direito administrativo, pela lei 13.655 de 2018, que acrescentou os artigos 20 a 30 a LINDB, que preveem o sistema de precedentes no Direito Administrativo.

Essa absorção, porém, traz diversas complicações para a compatibilização desse sistema, herdado de países de Common Law, com o sistema judiciário brasileiro, que é um sistema de Civil Law.

Um dos problemas encontrados nessa compatibilização ocorre nos momentos de formação e superação de precedentes, quando, em virtude do formato da corte e de sua forma de decisão, muitas vezes a atuação dos ministros é insuficiente para a criação de um precedente de qualidade ou a garantia de uma verdadeira segurança jurídica.

Esse problema chama a atenção, exatamente, por colocar em risco um dos principais valores do sistema de precedentes e um dos principais motivos de sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro: o princípio da segurança jurídica; motivo por que o presente trabalho focará nos obstáculos encontrados quando da superação de precedentes pelo Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, o trabalho busca analisar um dos casos mais conhecidos de superação de precedente que é o caso relativo a antecipação da execução da pena de restrição liberdade, conhecido popularmente como prisão em segunda instância. Esse caso é um caso em que houve momentos distintos desde a Constituição de 1988, e que passou por três mudanças de precedente num período de 10 anos, tendo ocorrido mudança de posicionamento em 2009, 2016, e 2019. Dessa forma, tendo como base esse caso em que o Supremo Tribunal Federal tem dificuldade de manter uma mínima estabilidade no direito, se pretende verificar a compatibilidade da ação do STF em sua última mudança de entendimento nessa matéria, que ocorreu com o julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54.

Para fazer esse estudo de caso, a pesquisa se iniciará como uma pesquisa bibliográfica para compreender o funcionamento da corte guardiã da Constituição, como funciona o sistema

de precedentes, e, mais importante que isso, como a doutrina nacional entende que deve ser feita a superação de precedentes, para que, com base nesses três conhecimentos, possa se avaliar o histórico de decisão do STF em relação a matéria de antecipação da execução da pena de restrição de liberdade e se a mudança de entendimento, trazida pelo julgamento das ADCs 43, 44 e 54 foi feita de maneira compatível com as previsões doutrinárias, e com a necessidade de justificação específica, prevista no artigo 927, §4º, do CPC.

Para tanto, no primeiro capítulo iremos fazer um breve perfil do STF, buscando compreender qual é o seu objetivo como julgador, quais são as causas que ele julga, e como ele faz esse julgamento, passando rapidamente pelo funcionamento do plenário virtual, que ganhou força no período pandêmico.

No segundo, por sua vez, vamos analisar o instituto do precedente, o que ele é, quem ele vincula, e como os tribunais devem agir para a sua aplicação. Trataremos ainda do instrumento da distinção e da possibilidade de distinção inconsistente.

No terceiro capítulo, analisaremos a superação de precedentes, vendo a tensão entre segurança jurídica e progresso do sistema jurídico, e verificando os critérios para essa superação apresentados pela doutrina. Trataremos de algumas figuras importantes para a discussão desse tema, como a sinalização, a superação antecipada e a superação prospectiva. Além disso, trataremos da discussão sobre distinção entre superação e descumprimento do precedente pelo tribunal que o criou e da possibilidade e problemas do uso de reclamação constitucional para gerar superação de precedente.

No último capítulo, por fim, analisaremos o acórdão da ADC 43 (julgada em apenso com as ADCs 44 e 54) para verificar se e como os votos para a superação do precedente seguiram os requisitos necessários para essa superação e, caso tenham seguido, quão institucional foi essa justificativa.

Capítulo 1 - O Supremo Federal enquanto Corte Suprema

Para a melhor compreensão de como o STF lida com precedentes e a sua superação, é interessante que a análise se inicie pela forma como essa corte suprema funciona. No presente capítulo, essa análise será feita focada em três pontos. Inicialmente será analisado em qual sistema de corte de vértice ele se encontra para compreender qual é a sua função como corte. Após isso, será analisado quais são as causas que o tribunal julga, passando pela sua função como suprema corte e como corte constitucional e tratando também sobre suas outras competências. Por fim, será feita uma análise quanto a sua forma decisória, avaliando se esta Corte se encontra no modelo *seriatim*, no modelo *per curiam* ou no *majoritarian practice*.

1.1. Modelos de Cortes: Superior e Suprema

Para compreender o funcionamento de uma instituição, um ponto de partida interessante é entender qual é o seu objetivo, para que assim possamos verificar se a atuação dessa instituição está seguindo na direção desse objetivo. Para tanto, seguiremos a classificação entre corte superior e corte suprema, apresentada por Mitidiero (2022). Em síntese, a Corte Superior é uma corte reativa que tem como objetivo o controle das decisões das cortes de justiça enquanto a Corte Suprema é uma corte propositiva que busca a determinação do direito por meio da criação de precedentes. (Mitidiero, 2022)

1.1.1. Corte Superior

O modelo de Corte Superior, utilizado pelas cortes de cassação italiana e francesa em seu passado, se baseia na teoria cognitivista do direito, em que se acredita que o texto legal, a norma e a regra são a mesma coisa (Mitidiero, 2022, p. 43).

Esse modelo se baseia em três principais pontos. O primeiro deles é a necessidade dos dogmas da estatalidade, em contraponto ao particularismo jurídico, e da completude. A presença desses dogmas é importante para que seja criado um ambiente propício à criação dos códigos, vistos como a forma ideal de se desenvolver o direito.

O segundo aspecto basilar desse modelo é a visão de que a interpretação da lei é apenas a verificação do real significado da lei. Para essa averiguação, deveriam ser usados os critérios de interpretação delimitados por Savigny: gramaticais, lógico, histórico e sistemático.

Por fim, ele se baseia numa visão de separação de poderes em que o Poder Legislativo possui toda a função de criação do Direito, enquanto o Poder Judiciário tem apenas a função de aplicar o direito já previamente definido pelo legislador. (Mitidiero, 2022, p. 43-50)

Com base nesses princípios, a Corte Superior foi criada com o objetivo de controlar as decisões dos outros tribunais para garantir que o significado correto da lei seja aplicado. Nesse modelo, os ministros são juízes de carreira que são promovidos para ministro devido a sua antiguidade. Essa uniformidade de origem dos ministros, em conjunto com o sistema de oposição criado entre a corte superior e os juízes ordinários pela função de censura da corte, fortalecem um “servilismo judicial” da Suprema Corte em relação ao legislativo. (Mitidiero, 2022, p. 51)

Essa ideia de servilismo judicial deriva da construção do sistema de Civil Law após a Revolução Francesa, visto que, antes dessa revolução, o Poder Judiciário era considerado um braço do Poder Executivo, sendo composto por membros da aristocracia que se utilizavam da sua posição para não aplicar as leis que não lhes eram proveitosas. Em contraponto, com a Revolução, o Poder Legislativo passou a ser visto como o representante da vontade popular. Por essa razão, ganhou papel predominante no direito francês e em todo sistema de Civil Law que se inspirou nele. (Faria, 2022, p. 17-19)

Em relação à sua função, a corte superior tem como objeto o controle de legalidade das decisões das outras cortes, sendo competente para julgar qualquer recurso que seja feito contra essas decisões. Importante destacar, contudo, que essa decisão não pode analisar nenhuma matéria fática, visto que a corte de cassação apenas analisa matéria de Direito, fazendo controle de legalidade da decisão originária. (Mitidiero, 2022, pp. 52-53)

A atuação dessa corte é derivada da vontade das partes, que têm direito integral de propor recurso para a corte, sem a possibilidade de existência de filtro recursal, de forma que inexistente autonomia da corte na definição de sua agenda. Além disso, a unificação de jurisprudência é meio para o alcance de seu objetivo, o controle das decisões judiciais, e não seu fim. Por esse motivo, nas cortes superiores é esperado e desejado que os outros julgadores não sigam a jurisprudência, pois a multiplicidade de interpretações é esperada e a contemplação dessas visões pela Corte Superior gera um desenvolvimento que aproxima a jurisprudência do verdadeiro significado da norma. (Mitidiero, 2022, pp. 53-57)

Um resultado dessa busca da vontade da lei é na criação de súmulas pelas cortes, mecanismo que não se importa com o caso fático, mostrando, apenas, uma regra geral tal qual uma lei. (MITIDIERO, 2022, p. 59)

No sistema jurídico brasileiro, essa é uma das principais características do sistema de cortes superiores, sendo acompanhada, ainda, por outros aspectos como: o forte individualismo dos juízes, que querem decidir sem ser vinculados à decisão de terceiros, e o fato de que os operadores do Direito ainda tratam as cortes como se fossem uma espécie de terceira instância em que é possível reverter o mérito da causa sem que seja necessária a existência de um real motivo legal ou constitucional a ser considerado.¹

1.1.2. Cortes Supremas

Em contraponto ao modelo anterior, existe o modelo de Cortes Supremas, que se baseia na teoria lógico-argumentativa e nega a ideia de que texto e norma seriam a mesma coisa. Para esse paradigma, a corte reconstrói o direito por meio da interpretação, motivo por que as suas decisões têm eficácia *erga omnes*. (Mitidiero, 2022, p. 65)

Além disso, a sua principal função é a determinação do direito, de forma que, diferentemente das cortes superiores, o foco das cortes supremas é o *jus constitutionis* e não o *jus litigatoris*. Isso quer dizer que a solução do caso apresentado é secundária ao objetivo de se definir qual a interpretação atual do direito naquele ordenamento. (Mitidiero, 2022, p. 65; Marinoni, 2014, p. 136)

Um conceito importante para a base das Cortes Supremas é a classificação tripartite das normas, que passam a ser classificadas em: regras, princípios e postulados. Esta classificação tem especial relevância por tornar inviável a existência de um verdadeiro significado da regra, como se busca no sistema de cortes superiores. (Mitidiero, 2022, p. 66)

Outra consequência desta classificação a ser considerada é o fato de que a norma deixa de ser o texto normativo, visto que este é insuficiente para a definir, para se transformar na interpretação desse texto, demonstrando a mudança da relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, que passa de submissão para uma cooperação. (Mitidiero, 2022, p. 66)

Porém, sabendo que a norma se afasta do texto normativo e se torna a interpretação deste, é natural que o mesmo texto normativo enseje a criação de normas distintas por diversos juízes, o que torna necessário a existência de uma corte capaz de unificar qual é a interpretação que deve ser aplicada por todos os julgadores, evitando que cada tribunal tenha a própria norma. (Mitidiero, 2022, p. 79)

¹ Essa visão inadequada do STJ e do STF como mais uma instância extra é notada, inclusive, em falas dos próprios ministros, como ocorreu no seguinte trecho do voto do ministro Dias Toffoli na decisão da ADC 43: “Não é questão de execução em primeira, segunda, terceira, última instância;” (STF, 2019, p. 443)

Importante destacar que diferente do paradigma de Cortes Superiores, a interpretação escolhida pela Corte Suprema não é considerada a única interpretação correta, mas sim a interpretação que a corte considerou a mais adequada. (Mitidiero, 2022, p. 79)

Além dessa função de unificação do direito, outras funções da Corte Suprema são trazer maior clareza para o direito e desenvolver o direito. Esse processo de desenvolver o direito pode se dar, por exemplo, quando a corte analisa novas questões sociais que não existiam quando o texto legal foi feito. (Mitidiero, 2022, p. 79) Um exemplo do desenvolvimento do direito por meio da atuação proativa do STF seria a legalização da união homoafetiva, que ocorreu na ADI 4277.

A interpretação feita pela Suprema Corte é, obrigatoriamente, vinculante, não apenas como resultado de definição legal, no caso brasileiro por meio do artigo 927 do CPC, mas também por se tratar de pressuposto necessário do sistema de Cortes Supremas. (Mitidiero, 2022, pp. 80-81)

Tendo em vista a função interpretativa da corte e a sua capacidade de definir o direito, é necessário que a sua composição seja pensada de forma a lhe trazer legitimidade. Um primeiro ponto para esse fim é que os ministros devem ser nomeados por um processo político, com o objetivo de se ter maior legitimidade democrática na corte². Além disso, com o objetivo de trazer legitimidade deliberativa e fortalecer as decisões da corte, é necessária que a sua composição seja a mais diversa possível, de forma que não são indicados somente juízes de carreira, mas também advogados, procuradores, acadêmicos^{3 4}. (MITIDIERO, 2022, p. 75) A diversidade de julgadores fortalece a deliberação, visto que pessoas de diferentes origens tem arcabouços distintos e, portanto, são capazes de trazer mais conteúdo para a deliberação, aumentando a sua qualidade.

² No Brasil, a indicação dos ministros do STF se dá pela indicação presidencial e pela aprovação por maioria do Senado Federal. No caso dos outros tribunais superiores, o poder judiciário ainda participa ao enviar lista triplíce ao Presidente da República que deve escolher dentre estes candidatos o indicado a suprema corte.

³ Um caso interessante para destacar essa diversidade de origens na carreira jurídica é o STJ, que possui reserva de vagas para juízes da justiça comum, da justiça federal, e de advogados e membros do ministério público. Dessa forma, chegam à corte julgadores com a experiência tanto de julgar casos de matéria federal quanto de matérias da justiça comum, o que permite que a corte tenha experiência com casos que são julgados pelos dois sistemas e possam subir para a corte, além de ter advogados e membros do ministério público, que trazem suas próprias experiências que uma corte só de juízes não teria. Nessa composição, porém, não existe valorização direta para a presença de acadêmicos, que fazem parte de outro grupo comumente destacado como necessário para uma corte suprema. Ainda que a lei não reserve vagas para acadêmicos, entretanto, sua presença tem sido garantida nessa corte por meio da indicação de ministros que, além de se enquadrarem nas outras categorias, eram acadêmicos.

⁴ Apesar deste apreço por diversidade, essa diversidade não parece ter sido buscada na indicação para o STF em outros âmbitos que não a origem profissional. Dentre a atual composição da corte, apenas 1 ministra é mulher e a corte é homogeneamente branca. Tendo em vista a necessidade de diversidade para o fortalecimento das decisões da corte, é necessário que os presidentes da República se atentem em quais grupos estão subrepresentados ao fazer sua indicação.

Outro ponto relevante ao se discutir o sistema de Cortes Supremas diz respeito ao que deve ser analisado pela corte de vértice. Tradicionalmente, se fala como as cortes de justiça focam na decisão quanto a fatos e que as cortes de vértice devem tratar apenas de questões de direito. Essa limitação, porém, não é compatível com esse sistema, pois, ao se analisar o direito de forma lógico-argumentativa, se torna necessário analisar não somente o texto da lei, mas a compatibilidade da lei com o caso, ocorrendo o mesmo ao se verificar a aplicação de um precedente. (Mitidiero, 2022, pp. 76-78)

Dessa forma, as cortes de vértice têm necessidade de analisar o caso como um todo, considerando tanto a matéria de direito quanto a matéria de fatos. Apesar dessa possibilidade de analisar fatos, ainda existe a proibição da corte suprema fazer a reinterpretação das provas, sendo obrigada a seguir a valoração que foi apresentada anteriormente pelos juízes e tribunais de segunda instância. (Mitidiero, 2022, pp. 76-78)

Tendo em vista que a Corte Suprema tem como função interpretar a norma com o objetivo de alcançar a interpretação mais adequada e unificar o direito, decisão feita sem considerar o precedente formado pela corte é considerado não apenas um desrespeito a autoridade da corte, mas também como uma violação a ordem jurídica tutelada pela corte. (Mitidiero, 2022, p. 80-81)

É por tal razão que no sistema americano o filtro recursal “revision of a writ on Certiorary”, permite a entrada de recursos no caso de não cumprimento de precedentes. (Mitidiero, 2022, p. 80-81) Já no Brasil, existe expressamente o mecanismo de reclamação⁵ para o questionamento de decisões que forem contrárias a precedente do STF, porém, tendo em vista que o precedente é fonte de direito, o recurso para instância superior, ou até mesmo o recurso extraordinário para o STF pelo não cumprimento da interpretação constitucional também serve como solução para tal violação. (Mascarenhas, 2018, p. 131) Esse processamento pelo rito recursal, porém, é mais demorado e incerto, razão pela qual a reclamação é o meio mais utilizado. (Mello; Barroso, 2016, p. 14) Outro fator porque o mecanismo da reclamação é o mais adequado, é o fato de que no atual procedimento para processamento dos recursos

⁵ Importante destacar que esse instituto é um instituto genuinamente brasileiro que tem como objetivo possibilitar que o STF garantisse o cumprimento de suas decisões caso tribunais locais não o seguissem, permitindo assim, uma ação que subiria diretamente a ele com o objetivo de superar essa questão. (Pimenta; Silva, 2022, p. 3)

especial e extraordinário, existe uma análise preliminar do recurso feita pelo tribunal, o órgão que desrespeitou o precedente, que tenderia a negar esse recurso.⁶

Por fim, sendo o objetivo da corte a definição do direito e não a resolução do caso, é definido que não existe direito da parte de ser julgada pela corte. Dessa forma, é permitido que a corte crie filtro recursal para que seja capaz de definir a própria agenda e assim melhor definir o direito. Tal tipo de filtro pode ser como o filtro americano *Revision of a writ of Certiorary*, em que a corte tem controle total da agenda, escolhendo apenas aproximadamente 100 dos 7000

⁶ Cumpre ressaltar, porém, que a reclamação não é utilizada pelo STJ com o objetivo de garantir o cumprimento de seus precedentes. Conforme a visão da corte, a reclamação não tem como objetivo garantir que o entendimento da corte seja respeitado pelos julgadores das instâncias ordinárias. Nesse sentido

“RECLAMAÇÃO. RECURSO ESPECIAL AO QUAL O TRIBUNAL DE ORIGEM NEGOU SEGUIMENTO, COM FUNDAMENTO NA CONFORMIDADE ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STJ EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO (RESP 1.301.989/RS - TEMA 658). INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO NO TRIBUNAL LOCAL. DESPROVIMENTO. RECLAMAÇÃO QUE SUSTENTA A INDEVIDA APLICAÇÃO DA TESE, POR SE TRATAR DE HIPÓTESE FÁTICA DISTINTA. DESCABIMENTO. PETIÇÃO INICIAL. INDEFERIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. Cuida-se de reclamação ajuizada contra acórdão do TJ/SP que, em sede de agravo interno, manteve a decisão que negou seguimento ao recurso especial interposto pelos reclamantes, em razão da conformidade do acórdão recorrido com o entendimento firmado pelo STJ no REsp 1.301.989/RS, julgado sob o regime dos recursos especiais repetitivos (Tema 658).

2. Em sua redação original, o art. 988, IV, do CPC/2015 previa o cabimento de reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de "casos repetitivos", os quais, conforme o disposto no art. 928 do Código, abrangem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os recursos especial e extraordinário repetitivos.

3. Todavia, ainda no período de *vacatio legis* do CPC/15, o art. 988, IV, foi modificado pela Lei 13.256/2016: a anterior previsão de reclamação para garantir a observância de precedente oriundo de "casos repetitivos" foi excluída, passando a constar, nas hipóteses de cabimento, apenas o precedente oriundo de IRDR, que é espécie daquele.

4. Houve, portanto, a supressão do cabimento da reclamação para a observância de acórdão proferido em recursos especial e extraordinário repetitivos, em que pese a mesma Lei 13.256/2016, paradoxalmente, tenha acrescentado um pressuposto de admissibilidade - consistente no esgotamento das instâncias ordinárias - à hipótese que acabara de excluir.

5. Sob um aspecto topológico, à luz do disposto no art. 11 da LC 95/98, não há coerência e lógica em se afirmar que o parágrafo 5º, II, do art. 988 do CPC, com a redação dada pela Lei 13.256/2016, veicularia uma nova hipótese de cabimento da reclamação. Estas hipóteses foram elencadas pelos incisos do caput, sendo que, por outro lado, o parágrafo se inicia, ele próprio, anunciando que trataria de situações de inadmissibilidade da reclamação.

6. De outro turno, a investigação do contexto jurídico-político em que editada a Lei 13.256/2016 revela que, dentre outras questões, a norma efetivamente visou ao fim da reclamação dirigida ao STJ e ao STF para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas, tratando-se de opção de política judiciária para desafogar os trabalhos nas Cortes de superposição.

7. Outrossim, a admissão da reclamação na hipótese em comento atenta contra a finalidade da instituição do regime dos recursos especiais repetitivos, que surgiu como mecanismo de racionalização da prestação jurisdicional do STJ, perante o fenômeno social da massificação dos litígios.

8. Nesse regime, o STJ se desincumbe de seu múnus constitucional definindo, por uma vez, mediante julgamento por amostragem, a interpretação da Lei federal que deve ser obrigatoriamente observada pelas instâncias ordinárias. Uma vez uniformizado o direito, é dos juízes e Tribunais locais a incumbência de aplicação individualizada da tese jurídica em cada caso concreto.

9. Em tal sistemática, a aplicação em concreto do precedente não está imune à revisão, que se dá na via recursal ordinária, até eventualmente culminar no julgamento, no âmbito do Tribunal local, do agravo interno de que trata o art. 1.030, § 2º, do CPC/15.

10. Petição inicial da reclamação indeferida, com a extinção do processo sem resolução do mérito.” (Rcl n. 36.476/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 5/2/2020, DJe de 6/3/2020.) Esse posicionamento foi mantido em recente decisão da reclamação Nº 43.627/CE, em junho de 2022.

casos apresentados à corte no ano (United States Courts, 2023), ou pode ser um filtro que tem critérios bem definidos, como é o caso do tribunal federal de justiça alemão, que coloca como critérios a existência de questão jurídica de fundamental importância, de necessidade de desenvolvimento do direito ou de necessidade de garantir que a jurisprudência seja aplicada da mesma forma para todos. (Mitidiero, 2022, p. 82) Nesse caso, o controle da agenda é mais fraco que no caso americano, porém ainda se tem claro o enfoque na função de definição do direito da corte. O caso brasileiro é mais próximo do alemão, com a criação da Repercussão Geral na EC 45 de 2004.⁷

A capacidade da suprema corte definir a própria agenda, que legitima a criação dos filtros recursais, também tem como consequência a possibilidade de a corte julgar a matéria mesmo quando a parte requerente entra com pedido de desistência (Mitidiero, 2022, p. 83), visto que o objetivo da corte não está na prestação jurisdicional para as partes, mas no uso dos casos das partes para a definição do direito. No caso brasileiro, essa permissão a corte está expressa no artigo 998, parágrafo único, do CPC.

Dessa forma, enquanto no sistema de corte superiores, todos os casos podem chegar à corte e serem revisados, visto que o sistema é feito com o objetivo de controle das decisões, no sistema de cortes supremas, é esperado que os outros tribunais sigam os precedentes definidos pela corte e que só se cheguem à corte suprema os casos que forem relevantes, sendo o objetivo da corte o *Jus Constituicionis*. Por esse motivo, no sistema de cortes supremas existe a possibilidade tanto de processos serem negados visto a falta de relevância ao sistema, falta de repercussão geral, quanto a possibilidade de o processo ser julgado mesmo após a desistência da parte.

1.1.3. Supremo Tribunal Federal enquanto corte de vértice

Apesar das mudanças mais claras para se vincular ao sistema de cortes supremas terem sido feitas mais recentemente, o STF desde sua origem tem alguns elementos característicos deste sistema, sendo um exemplo o seu sistema de indicação, devido a sua inspiração inicial no modelo da suprema corte americana.

Dentre as alterações recentes que a aproximaram do sistema de corte suprema, algumas são a maior possibilidade de definir sua agenda, o controle concentrado de constitucionalidade, o desenvolvimento da teoria da eficácia transcendente determinante, a criação de súmulas

⁷ A força da repercussão geral como filtro se tornou muito maior com a emenda regimental 54 do RISTF, que suprimiu o parágrafo que indicava que caso não houvesse votos suficientes contrários a repercussão geral devido à falta de manifestação de ministros, a repercussão geral seria considerada existente.

vinculantes, e por fim, o próprio reconhecimento de um sistema de precedentes. O aumento do poder de definir sua agenda decorre da criação do filtro da repercussão geral, na EC 45 de 2004; o controle concentrado de constitucionalidade é resultado de um lento desenvolvimento que vai ser abordado em 1.2.3, e tem como momento marcante a EC 3 de 1993, que garantiu a eficácia *erga omnes* para as decisões de Ação Direta de Constitucionalidade; a teoria da eficácia dos motivos determinantes é uma teoria que define que os motivos determinantes para a decisão da ação de controle concentrado devem ser vinculantes e não apenas o seu dispositivo⁸; as súmulas vinculantes também são resultado da EC 45 de 2004 e marcam a possibilidade da corte constitucional solidificar a sua jurisprudência reiterada por meio da criação de súmula que vincule os outros julgadores; o reconhecimento do sistema de precedentes, por sua vez, se deu com a obrigação de outros julgadores observarem os precedentes dos tribunais superiores prevista no artigo 927 do CPC DE 2015.

Apesar desta pretensão de se tornar uma corte suprema, a corte brasileira ainda tem comportamentos de corte superior, como a presença de julgamentos pouco institucionais e a existência de decisões contrárias a precedentes firmados pela própria corte advindas tanto da atuação monocrática dos ministros como de acórdãos firmados dentro das turmas.⁹

Por fim, é possível reconhecer que, mesmo com essas limitações, é clara a pretensão de que o STF e os outros tribunais de vértice brasileiro se transformem em tribunais de definição do direito e criação de precedentes, razão pela qual é necessário que compreendamos o que são e como funcionam.

1.2. O Supremo Tribunal Federal e suas múltiplas funções: Suprema Corte, Tribunal Constitucional e outras competências

Conhecido como o guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal é a suprema corte nacional vocacionada em definir o direito em relação à esfera constitucional. Quando se

⁸ Essa teoria foi seguida pelo STF inicialmente a partir da reclamação 1.987 em 2004. Posteriormente, porém, com a reclamação 3.014, em 2010, em que definiu que somente era possível o uso de reclamação quando a decisão desrespeitasse o dispositivo da ação de controle concentrado, isso é, se fosse usada lei considerada inconstitucional pelo STF. (Magalhães, 2015) Após o CPC de 2015, em 2018, o STF aplicou excepcionalmente a teoria da transcendência dos motivos determinantes de forma excepcional em matéria de liberdade expressão na reclamação 22.328. Importa, porém destacar que a discussão trata da possibilidade de se entrar com pedido de reclamação, não sendo questionada o dever de diálogo previsto no artigo 489, §1º, do CPC (Fuga, 2022, p. 158-160)

⁹ O caso da prisão em segunda instância é marcante na presença de ministros decidindo monocraticamente em contrário ao precedente firmado pela corte durante a vigência do precedente anterior ao atual, tendo feito isso ao menos 3 ministros da corte: os ministros Marco Aurélio, Lewandowski (Assis, 2018, p. 12) e Gilmar Mendes. No caso deste último, ele ainda decide, na Medida Cautelar no HC 146.815, em favor de uma solução distinta a prevista nos dois precedentes, que é a possibilidade de prisão após recurso especial, porém sem o julgamento de recurso extraordinário.

trata deste tipo de corte, existem dois grandes modelos que costumam ser seguidos, o modelo estadunidense de Suprema Corte, baseado no julgamento de casos concretos como base para a definição do direito, e o modelo austríaco de corte constitucional, baseado no projeto kelseniano, em que é feita a análise da constitucionalidade das leis em abstrato, sem que nenhum caso seja utilizado como base para essa análise. O STF faz uso dos dois modelos, o primeiro por meio do controle difuso de constitucionalidade, marcado principalmente pelo Recurso Extraordinário, e o segundo por meio das ações de controle direto de constitucionalidade, como a ADI. Além da função de defender a Constituição, o STF também possui outras funções, como o julgamento de crimes comuns cometidos pelo presidente da república (artigo 102, I, b, da CF), que também devem ser levantadas.

1.2.1. Suprema Corte

O sistema de Suprema Corte tem como referência a Suprema Corte Americana, prevista pela Constituição americana e efetivamente criada em 1789. Parte da sua base teórica pode ser tirada dos 6 artigos dos Federalistas escritos por Hamilton (1788) que tratam do sistema judiciário — 78 a 83 —, existindo informações referentes a ela principalmente no artigo 78, que explica sobre a função do judiciário e em como os *justices* (Ministros da Suprema Corte) serão indicados, e no artigo 81, que trata da importância de uma suprema corte¹⁰.

O artigo 78 tem foco no instituto da revisão judicial, que é a maneira como o sistema americano controla a constitucionalidade das leis. Essa revisão funciona com o juiz, de qualquer instância, ao considerar a lei inconstitucional, declarar incidentalmente a sua inconstitucionalidade e, por essa razão, não a aplicar. Para o autor, essa ação não torna o poder judiciário mais poderoso que o legislativo, visto que este está apenas protegendo a Constituição, que emana do povo, dessa forma, o poder do povo é superior aos Poderes do Estado. Além disso, nesse texto, Hamilton aponta que os *justices* devem ter estabilidade enquanto tiverem bom comportamento, além de apontar que os ministros devem ser apontados pelo Poder Executivo e aprovados pelo Legislativo¹¹. (Hamilton, 1788)

¹⁰ Apesar de não terem foco no funcionamento do sistema de suprema corte, os outros artigos são importantes para a compreensão do sistema judiciário americano. Para tanto, o artigo 79 tem como foco o instituto do Impeachment como proteção contra os abusos dos juizes, o 80 foca nas funções da justiça federal americana, em contraponto ao sistema de justiça estadual presente no sistema federalista, o 82 foca na relação entre a suprema corte e a justiça estadual americana, mais uma vez tratando de questões do federalismo americano, e o 83 trata sobre tribunais do júri.

¹¹ Em complemento a discussão feita nos artigos 76 e 77 quanto à indicação de cargos de Estado.

O artigo 81, por sua vez, se inicia desenvolvendo a importância de a figura central do Poder Judiciário ser um órgão do Poder Judiciário, e não do Legislativo, como era feito no Reino Unido, em que o órgão máximo da justiça era a Câmara dos Lordes¹². Em relação a essa separação, alguns dos argumentos apresentados são os de que os legisladores americanos têm mandato temporário — no senado americano, de 6 anos, o que poderia gerar instabilidade na interpretação da legislação por eles, e que os parlamentares não são eleitos de acordo com a sua proficiência jurídica, dessa forma, não sendo qualificados para comandar o sistema judiciário. (Hamilton, 1788)

Portanto, no sistema americano de suprema corte, todo o Judiciário tem a possibilidade de considerar uma lei inconstitucional por meio da revisão judicial, mas essa decisão pode ser alterada pela Suprema Corte - considerada a guardiã da Constituição -, desde que requerido por meio de recursos, independentemente de a corte inferior de origem ser federal ou estadual, quando a matéria da decisão tratar de matéria constitucional Federal, sendo a última decisão acerca do caso.¹³ No Brasil, essa função de tribunal recursal no topo do sistema, pode ser vista no Supremo Tribunal Federal em especial nas figuras do Recurso Extraordinário e do Agravo em Recurso Extraordinário, que equivalem atualmente a aproximadamente 14000 dos 25000 processos presentes no STF, representando mais de 50% da demanda da corte. (STF, 2023)

1.2.2. Tribunal Constitucional

Por sua vez, o sistema de Tribunais Constitucionais é mais recente, tendo sido idealizado por Hans Kelsen. Esse modelo se baseia no livro *Jurisdição Constitucional* de Kelsen. Com base na hierarquia das normas defendida por Kelsen, a existência de uma lei que contradiz a Constituição é uma comprovação da ineficácia dessa Constituição pela sua falta de vinculação¹⁴, tornando necessário que exista uma forma com que leis inconstitucionais sejam consideradas inválidas sem a necessidade de um caso concreto, sendo este o principal contraponto entre este modelo e o americano.

Além disso, é importante destacar a situação recém republicana da Áustria quando da criação deste modelo, bem como a influência da política austríaca na forma como esse modelo

¹² Em 2005, houve ato de reforma constitucional para a criação de uma Suprema Corte do Reino Unido, que entrou em vigor em 2009.

¹³ O sistema possui maior complexidade quanto ao seu funcionamento, porém foi optado por apontar apenas os principais elementos do sistema americano: controle difuso de constitucionalidade e suprema corte como casa recursal.

¹⁴ “uma Constituição em que falte a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico” (Kelsen, 2020, p. 179)

de cortes funciona. Isso porque o conflito entre o governo federal e os governos estaduais fez com que fosse necessário que ambos os níveis da Federação possam suscitar a inconstitucionalidade da lei, sem ter que comprovar o seu interesse individual. (Lagi, 2012, p. 285).

Por outro lado, é necessária a criação de um órgão independente capaz de controlar as leis criadas pelo legislador, tanto para a garantia da constitucionalidade das leis, quanto para a proteção de minorias, tendo em vista que o quórum necessário para a emenda constitucional é distinto daquele necessário para aprovar leis ordinárias. (Lagi, 2012, p. 287)

Além disso, o modelo kelseniano deriva da desconfiança do direito continental europeu com a figura do juiz e da existência de regras nesses países monárquicos em que o deveria consultar órgão político quando duvidasse da inteligência de uma lei, não podendo ele a criticar. (Kelsen, 2020, p. VIII)

Compreendendo um pouco das influências políticas sobre a corte constitucional kelseniana, podemos agora compreender como funciona esse tipo de corte. Nas cortes constitucionais, os entes legitimados podem entrar com ação perante a corte para questionar a constitucionalidade de uma lei. Esse questionamento é abstrato, sendo analisada apenas a constitucionalidade, não havendo um caso concreto abordado, e é direto, sendo feito o questionamento diretamente na corte constitucional.

No Brasil, o STF cumpre essa função por meio das ações de controle concentrado de constitucionalidade: Ação direta de inconstitucionalidade – ADI; Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – ADO; Ação Direta de Constitucionalidade – ADC; Ação de Descumprimento de Preceitos Fundamentais – ADPF.¹⁵

Essas ações são capazes de rapidamente retirar uma lei do sistema legal nacional¹⁶, mas, devido ao número limitado de legitimados para as propor, equivalem a apenas a 1250 das 25000 ações presentes no STF, o que representa somente 5% da demanda da corte. (STF, 2023)

¹⁵ Esse grande número de espécies de ações do controle concentrado é recente na história nacional, sendo a ADO e a ADPF uma inovação da Constituição de 1988, e a ADC uma criação da EC 3/1993.

¹⁶ Enquanto no controle difuso seria necessário que a lei inconstitucional fosse questionada em um caso concreto e que esse caso subisse para a corte, no controle concentrado, a lei pode ser questionada imediatamente após a sua publicação e diretamente na Suprema Corte, podendo dessa forma retirar completamente lei inconstitucional do sistema de maneira muito mais rápida.

1.2.3. Desenvolvimento do Supremo Tribunal Federal como Corte Guardiã da Constituição

A presença desses dois modelos concomitantes dentro da suprema corte brasileira é resultado de um longo e contínuo processo de concentração do controle de constitucionalidade iniciado no século passado. Esse processo se inicia com a possibilidade de ações diretas de inconstitucionalidade referentes a matéria de intervenção federal em 1934, e avança em 1965 para a possibilidade de se questionar outras matérias, tendo, porém, o procurador-geral da república como único legitimado. A Constituição de 1988, entretanto, foi a maior responsável pelo fortalecimento desse processo de centralização do controle de constitucionalidade, ao criar a maior parte das ações diretas que conhecemos hoje (a exceção é a ADC, criada posteriormente pela EC 3 em 1993), além de expandir a lista de legitimados para a que vige atualmente. Importa destacar, ainda, que, apesar da previsão constitucional em 1988 e a inclusão da ADC ao rol constitucional em 1993, a regulamentação dessas ações só ocorreu em 1999. (Silva, 2009) Além da criação da ADC, a EC 3 de 1993 também marca o surgimento da eficácia erga omnes no controle concentrado. (Magalhães, 2015)

1.2.4. Outras Competências do Supremo Tribunal Federal

Para além da atuação como Guardiã da Constituição no controle direto de constitucionalidade, o STF ainda cumpre outras competências em que o seu foco está na resolução do caso e não na construção do direito, tanto com competência originária, como com competência recursal. Alguns desses casos são: o foro por prerrogativa de função de autoridades, os litígios entre estados estrangeiros e a União, litígios entre entes da federação, e casos em que haja interesse da maior parte da magistratura.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal também é responsável por julgar remédios constitucionais como Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Popular e Mandado de Segurança em casos específicos de sua competência. Por fim, dentre as funções que merecem observação no presente estudo, está sua competência para o julgamento de Reclamação Constitucional, ação que tem como objetivo a proteção de sua própria autoridade por meio da garantia da vinculação dos demais julgadores a suas decisões. (Brasil, 1988)

É importante ressaltar que esses casos em que a corte suprema age com foco diferente da formação do direito são de competência do STF devido ao interesse nacional em relação a matéria e pelo fato de as cortes supremas serem as únicas com jurisdição sobre todo o território

nacional. Dessa forma, tal tipo de ação equivale a aproximadamente 9000 dos 25000 casos atualmente no STF, o que representa 35% dos casos na corte.

A multiplicidade de ações julgadas pelo STF tem especial importância quando do estudo de precedentes pela necessária distinção da forma que a corte age em cada uma dessas decisões. Enquanto nas ações do controle difuso, marcado pelo filtro recursal da repercussão geral, a criação de precedente é o objetivo principal, no controle concentrado e nas ações originárias o precedente pode ser formado enquanto se busca o objetivo real dessas ações: para as ações de controle concentrado, a análise da constitucionalidade do texto normativo ou ato da administração questionado, enquanto nas ações originárias e remédios constitucionais, o julgamento do mérito para a garantia de um direito. Além disso, é importante destacar que não existe necessidade de argumentação constitucional nos casos de ações originárias, recurso ordinário e remédios constitucionais, dessa forma, caso a decisão tenha *ratio* baseada em argumentação legal, não deve esse precedente ser vinculante, tanto pela impossibilidade dele ser questionado, visto que não se pode entrar com ação recursal no STF sem justificativa constitucional, quanto pela competência do STJ de Corte Suprema referente a matéria infralegal¹⁷. (Peixoto, 2022, 408-410)

1.3. Modelos Decisórios: Modelo Seriatim, Per Curiam, Majoritarian Practice

Após compreendermos que o Supremo Tribunal Federal decide sobre diversos tipos de ação, é necessário entender como se dá a sua decisão colegiada. Existem três modelos distintos que costumam ser utilizados para essa análise, dois deles possuem focos opostos um focado no entendimento individual dos ministros e o outro focado no entendimento da corte como instituição-, enquanto o terceiro é uma alteração do modelo focado nos ministros objetivando garantir maior clareza e coerência nas decisões. Além dos modelos de forma decisória, também será analisado o sistema de funcionamento do Plenário Virtual, que ganhou forte relevância nos últimos anos.

1.3.1. Modelo Seriatim

O primeiro modelo, focado nos ministros, é o modelo seriatim, utilizado pelas cortes brasileiras. Nele, os julgadores produzem os seus votos com antecedência e, no momento de julgamento, apresentam os seus votos individuais em sequência. A decisão é dada por um placar

¹⁷ Excluída aqui a competência do TST referente a legislação trabalhista, do TSE referente a legislação eleitoral e do STM referente a legislação militar.

entre os posicionamentos dos ministros, vendo apenas quantos ministros votaram em favor de cada solução ao caso. (Panutto, 2017)

Esse modelo, porém, não possui nenhuma preocupação com um entendimento institucional, apenas agregando os votos de todos os ministros, o que torna a decisão apenas a soma das “decisões” de cada um dos ministros. Nesse sistema, visto que os votos são feitos com antecedência, praticamente não existe diálogo entre os ministros na sua formação de opinião, o que o torna fortemente focado na individualidade da deliberação dos ministros. (Panutto, 2017)

Uma característica desse modelo, em especial com a transmissão das decisões ao público geral, é sua classificação como um modelo de deliberação externa, ou seja, um modelo em que o objetivo dos votos não é o convencimento dos outros ministros, mas sim de terceiros externos ao processo judicial, tais quais o Congresso Nacional, o Poder Executivo, a academia, e a sociedade como um todo. (Silva, 2009, pp. 211-212)

Por outro lado, uma falha desse sistema é a sua falta de deliberação interna, como ilustrado por Mendes em

Há, na prática decisória do STF, sintomas preocupantes que sugerem um caráter predominantemente agregativo do tribunal. Em primeiro lugar, gera óbvia suspeita a baixa frequência de mudança de posicionamentos individuais em virtude dos argumentos novos suscitados no julgamento. O fato de que os votos já chegam prontos e são, com muita frequência, meramente lidos na sessão pública, dá alguma medida do descaso relativo à opinião dos outros membros. Parece evidente não haver consciência do valor da convergência de posições individuais quando não se faz sequer um esforço de composição de votos que alcançam um mesmo ponto de chegada, apesar de percorrerem caminhos diversos.

(...)

Cada voto é geralmente pensado como uma peça de erudição individual, quando não escorrega para exercícios beletristas fora de lugar, ou quando não reproduz o estilo de um manual didático enciclopédico, perdendo qualquer contato com o caso concreto. Há um apego evidente à autoria individual, e não à autoria institucional. Decisões são frequentemente prolixas e apelam para um grande volume de argumentos de autoridade, em prejuízo da formulação de uma posição coesa e transparente, simples e objetiva. Em suma, tudo isso mostra a prevalência do caráter agregativo do tribunal, e é sinal de seu baixo grau de institucionalidade. (Mendes, 2011, pp. 357-359)

Essa falta de diálogo interno, presente tanto no momento decisório quanto no momento de redação, prejudica fortemente o sistema de precedentes por gerar problemas como a falta de unidade institucional e decisória e a carência de clareza e objetividade na definição das causas da decisão.

Esse problema se fortalece, ainda, diante de casos em que, mesmo havendo uma maioria dos votos quanto a um resultado do caso, não é composta uma maioria da corte quanto à justificativa dessa decisão, sendo necessária a verificação dos votos dos ministros da maioria em busca de convergência argumentativa. (Silva, 2009, pp. 210-217; Kornhouser, 2015, p. 51;

Marinoni, 2017, p. 14) Nesses casos, apesar do resultado da decisão conter uma maioria, nenhuma argumentação consegue a maior parte dos votos, tornando impossível que seja gerado um precedente. (Marinoni, 2017, pp. 37-38)

Outro país que utiliza esse modelo é o Reino Unido. Por sua influência, esse modelo também foi, inicialmente, usado pela suprema corte americana. No século XIX, entretanto, ao EUA reformaram seu sistema para utilizar o modelo *majoritarian practice*, que é uma adaptação da decisão *seriatim* que visa uma apresentação mais clara de visão institucional. (Panutto, 2017, p. 216)

1.3.2. Modelo *Per Curiam*

Em sentido oposto ao modelo *seriatim*, está o modelo *per curiam*, que é focado na definição de uma decisão institucional e não possui nenhum foco na visão individual dos julgadores. Nesse sistema, a suprema corte tem uma imagem de estabilidade e de unidade. (Panutto, 2017)

Numa corte que utiliza a decisão *per curiam*, os julgadores precisam inicialmente alcançar um consenso quanto aos fundamentos com base nos quais será tomada a decisão e posteriormente decidir também qual é a decisão da corte. Visto a necessidade desse consenso, é esperado que os ministros se manifestem de determinada forma, ainda que sua posição fosse divergente, caso sua decisão fosse individual, visto que o sistema busca essa deliberação interna. Apesar dessa busca pelo consenso, não é necessária a unanimidade na decisão, apenas o apoio da maioria da corte. (Kornhouser, 2015, pp. 53-55)

Tendo em vista a necessidade da busca de um consenso interpretativo, diante da possibilidade de distintas interpretações, podem existir dificuldades em se alcançar uma decisão nos casos difíceis (Panutto, 2017). Porém, como é apresentado por Grimm, em mensagem publicada por Ferejohn e Pasquino:

diferente do que ocorre na Suprema Corte dos Estados Unidos, no Tribunal Constitucional alemão há sempre uma longa deliberação sobre questões controversas. Argumentos contam e, com frequência, juízes mudam suas opiniões como resultado da deliberação (...). Estou convencido de que essa experiência contribui para reduzir o número de votos divergentes. Se todos cederam e alguma forma de conciliação foi alcançada, há uma menor motivação para insistir em um voto divergente, mesmo quando não se concorde totalmente com a decisão final. (Ferejohn; Pasquino, 2004, pp. 1695-1696 APUD Silva, 2009, p. 211)

Dessa forma, esse diálogo pode gerar maior morosidade para a decisão judicial, mas, por outro lado, fortalece a deliberação interna da corte, dificultando a criação de divergências e

criando decisões únicas, claras, consensuais, institucionais e objetivas, características que facilitam a possibilidade de criação do precedente.

Nesse modelo, utilizado principalmente pelas cortes europeias, existe uma importante divergência quanto à possibilidade de serem publicados votos divergentes. Conforme pode ser verificado na citação acima, na corte alemã os votos divergentes, apesar de permitidos, são evitados. Em contrapartida, outras cortes, como a corte de cassação francesa, não permitem a publicação de votos divergentes. (Kornhouser, 2015, p. 55)

O impedimento à apresentação de divergências e o acesso ao processo decisório limitado à decisão final obstruem a possibilidade de deliberação externa, que precisa ser buscada por outros meios. (Silva, 2009, p. 212)

1.3.3. Majoritarian Practice

Entre esses dois sistemas, existe ainda o sistema estadunidense, o *majoritarian practice*, que tem como objetivo valorizar tanto a imagem institucional da corte quanto a visão individual dos ministros.

Seu procedimento inicia com uma votação ordenada na qual os ministros apontam seu posicionamento inicial para definir o apoio majoritário de forma semelhante o modelo *seriatim*, mas que se diferencia daquela usada no sistema de origem por ser não vinculativa. A principal diferença entre os dois modelos, entretanto, está no fato de que, enquanto o modelo *seriatim* o processo decisório se limita a agregar todos os votos para se ter a decisão, o modelo estadunidense prevê que essa primeira decisão precede segundo momento em que o ministro mais antigo dentre aqueles que apoiaram a posição majoritária deve construir, junto com os outros, um voto capaz de ser assinado por uma maioria da corte. (Panutto, 2017)

Essa construção de voto faz com que esse modelo tenha uma parcela maior de deliberação interna do que no caso da corte *seriatim*, ainda que essa deliberação seja muito mais fraca que na corte *per curiam*, visto que somente quem precisa buscar um consenso quanto ao argumento jurídico da decisão são os ministros que já compõem a maioria, não havendo diálogo com os ministros em posição minoritária.

Dessa forma, enquanto as diferenças entre o *majoritarian practice* e o *seriatim* apontam uma busca pela solidificação de um entendimento majoritário claro, a distância entre o novo modelo e o *per curiam* demonstram que esse modelo não implica os mesmos esforços para que haja uma deliberação coletiva interna nas decisões.

Em contrapartida, tendo em vista que essa decisão é feita pelo diálogo entre os votos da posição majoritária, é comum que os argumentos apresentados nesse modelo sejam mais desenvolvidos que aqueles apresentados numa corte *per curiam*, tendo uma explicação maior dos motivos que levaram à escolha de determinada norma jurídica que naquele modelo. Isso faz com que esse sistema tenha uma deliberação externa mais forte, aspecto que ganha ainda mais relevância quando destacadas outras diferenças importantes como a possibilidade de publicação de votos concorrentes — que apoiam o mesmo resultado, mas por outras razões — e divergentes — que apoiam outro resultado, bem como o conhecimento dos posicionamentos individuais de cada ministro. (Kornhouser, 2015, pp. 56-58)

Dessa forma, o modelo *majoritarian practice* se afasta do *seriatim* ao conseguir definir com maior clareza o precedente firmado, visto que aponta de forma clara se a maioria da corte apoiou a mesma tese, porém não supera o problema de falta de deliberação interna que existe naquele modelo, visto que a discussão para a construção do voto assinado pela maioria é feita apenas pelos ministros que votaram inicialmente nesse sentido. Ainda que não incluída neste segundo processo deliberativo interno, é importante reforçar a presença da minoria no processo decisório, pois os dois grupos se esforçam na escrita de seus votos para mostrar que têm argumentos mais fortes, buscando, não só, o convencimento de seus pares, como o convencimento de terceiros de que seu posicionamento representa a melhor decisão (Silva, 2013, p. 583)

Compreendendo um pouco dos diferentes sistemas de decisão, é importante destacar que a interpretação e criação de precedentes nas cortes supremas brasileiras é bastante diferente das cortes de precedentes mais conhecidas - estadunidense e europeias -, visto que o seu modelo decisório é distinto. Por esse motivo, enquanto tanto as cortes americanas, no modelo de *majoritarian practice*, quanto as cortes *per curiam* europeias apresentam de maneira clara qual é o conjunto de argumentos que levou à decisão, no STF e no STJ não existe essa clareza, sendo necessária a análise de cada um dos votos proferidos para tentar decifrar se há e qual é o posicionamento institucional da corte.

1.3.4. O Sistema do Plenário Virtual

Criado em 2007 com o objetivo de avaliar a existência ou não de repercussão geral nos Recursos Extraordinários, o plenário virtual teve sua competência lentamente expandida,

chegando a possibilidade de julgar qualquer causa que chegue ao Supremo Tribunal Federal em 2020, durante o período da pandemia de Covid-19(2020-2023)¹⁸.

Esse processo passa, porém, por outros momentos importantes, como em 2010, quando a emenda regimental 42 permitiu que a corte utilizasse o plenário virtual para julgar casos com repercussão geral em que a posição do relator seguia a jurisprudência dominante da corte, com o objetivo de seguir o precedente pré-existente. Em 2016, a emenda regimental 51 expandiu mais uma vez a possibilidade de atuação do plenário virtual, permitindo que ele julgasse os recursos de agravo interno e embargo de declaração, tanto dentro das turmas quanto no plenário da casa, sendo a primeira vez que o plenário virtual pode ser usado pelas turmas. Com a emenda regimental 52, em 2019, que permitiu o plenário virtual também julgar liminares em ações do controle concentrado, referendo de decisões de medidas cautelares e tutelas provisórias e a decisão de processos em que a matéria discutida tenha posição dominante no STF¹⁹. Em junho de 2020 ocorre a maior expansão do sistema, permitindo que todas as ações possam ser processadas no sistema de Plenário Virtual desde que seja da vontade dos ministros. (STF, 2022, p. 25)

Junto com esse último processo de expansão de competência, veio também uma forte regulamentação do funcionamento do plenário eletrônico, sendo algumas alterações a permissão de sustentação oral no plenário eletrônico, prevista na ER nº 53, disponibilização do relatório, dos votos e das sustentações orais ainda durante o julgamento e a possibilidade de se protocolar manuscritos com esclarecimentos sobre os fatos relacionados ao caso, previstos na resolução nº 675 de 2020, o aumento do prazo de manifestação no plenário eletrônico de 5 para 6 dias, previsto na resolução nº 684 de 2020, e a alteração da interpretação para que a ausência de manifestação deixasse de contar como concordância com o relator e começasse a contar como não participação. (STF, 2022, p. 26-30)

Com esse aumento gradativo de competências, o plenário eletrônico foi se tornando cada vez uma figura mais central no Supremo Tribunal Federal, sendo responsável por 1% dos julgamentos colegiados do tribunal em 2010, crescendo para 80% em 2018, já com a possibilidade de julgar os agravos internos e embargos de declaração e chegando a corresponder a 98,4% dos julgamentos no primeiro semestre de 2021, quando já podia julgar todas as matérias. (STF, 2022, p. 31)

¹⁸ Conforme entendimento da OMS, a emergência de saúde pública de importância internacional no dia 30 de janeiro de 2020, que foi vista como pandemia a partir do dia 11 de março do mesmo ano. Essa emergência de saúde pública de importância internacional foi considerada acabada pela OMS no dia 5 de maio de 2023.

¹⁹ Ocorre aqui expansão em relação a previsão anterior em que se aplicava apenas aos Recursos Extraordinários com repercussão geral em matéria com jurisprudência consolidada.

Dessa forma, é necessário compreender como funciona o plenário eletrônico quando se analisa a forma decisória do STF, visto que ela é utilizada na grande maioria dos casos. Uma característica interessante desse modelo é que ele difere do sistema seriatim tradicional da corte visto que tanto os votos quanto as sustentações orais ficam disponíveis durante o período de votação, podendo ser utilizado para influenciar o posicionamento dos julgadores durante o processo decisório.

Importante destacar que esse modelo decisório não se encaixa completamente em nenhum dos modelos decisórios, visto que ela contém os votos individuais do modelo seriatim, porém retira dele a apresentação ordenada dos votos, que é elemento essencial do modelo, apesar de ser o modelo do qual ele mais se aproxima. Além disso, o estudo feito pelo STF indicou maior número de decisões com votos dissidentes que nos casos julgados no plenário presencial, o que pode apontar um aumento da complexidade dos julgamentos gerado por esse modelo decisório. (STF, 2022, p. 56)

Capítulo 2 – Precedentes

Apesar de ser um objeto com força vinculante no sistema brasileiro a pouco tempo, tendo um especial destaque após o CPC de 2015, os precedentes são um objeto essencial para a compreensão do direito em países de *common law* a alguns séculos. Isso se dá em especial porque o sistema da *common law* vê os precedentes como fonte primária do direito, enquanto o sistema da *civil law*, ao qual o Brasil está vinculado, vê o precedente como fonte secundária do direito, apoiando a interpretação das fontes primárias, mas não criando direito. (Barroso; Mello, 2016, p. 3-4)

2.1. Histórico do desenvolvimento do sistema de precedentes na Inglaterra e no Brasil

Apesar de existir a bastante tempo, desde a época medieval, é importante destacar que mesmo no sistema da *common law*, originado na Inglaterra, houve um longo progresso antes que esse precedente se tornasse vinculante como funciona hoje. Inicialmente, se tem o precedente com função ilustrativa. Nesta fase, qualquer decisão judicial poderia ser usada como precedente, para ilustrar o que era o direito inglês, que se construía aos poucos de caso a caso, visto que se existia a visão do consuetudinário em que o direito deve ser descoberto pelo julgador com base nos costumes e valores do povo inglês. Se destaca nessa fase a total falta de vinculação ao precedente, podendo ser apontado apenas quando fosse de interesse dos advogados e julgadores. (Mitidiero, 2017, pp. 27-30) Tal ideia se assemelha ao sistema brasileiro quando o advogado sustenta a sua argumentação com base de decisões anteriores que foram feitas em sentido similar, não necessariamente sendo um posicionamento majoritário ou do mesmo órgão julgador.

Posteriormente, entre o século XVI e XVII, o precedente se tornou persuasivo. Nesse período, já existia a previsão de que os precedentes deveriam ser seguidos, porém, conforme a doutrina *Blackthorne*, o juiz não deveria seguir o precedente quando ele fosse considerado absurdo ou injusto. Dessa forma, o juiz tinha a obrigação de considerar o precedente quando fosse decidir, mas caso discordasse dele, seja por o considerar absurdo ou por considerar injusto, não era obrigado a seguir o entendimento do precedente, possuindo, dessa forma, total discricionariedade quanto a aplicação do precedente. (Mitidiero, 2017, pp. 31-35).

É somente durante o século XIX que se chega ao precedente vinculante que hoje conhecemos. Na transição entre esses paradigmas, houve pressão para que os precedentes se tornassem vinculantes e para a codificação do direito inglês, com o objetivo de se gerar previsibilidade ao direito inglês, sendo alguns nomes importantes defensores dessa ideia

Bentham e Austin. Outra importante pressão foi quanto à clareza e acessibilidade de quais eram os precedentes vigentes, o que acarretou a reforma dos *Law Reports*, livros que juntam as decisões judiciais no sistema de *common law*, para que seja possível se conhecer o que é o direito. (Mitidiero, 2017, pp. 35-39)

Outra importante mudança estrutural que ocorreu nesse período foi a reforma do sistema judicial trazida pelos *Judicature Acts* de 1973-1975, que criaram um sistema de hierarquia entre as cortes, e o *Appellate Jurisdiction Act* de 1976, que colocou a *House of Lords* como corte de ápice no sistema judicial inglês. Essa posição da *House of Lords* permaneceu até 2005, quando se criou a Suprema Corte do Reino Unido, que a substituiu como corte de ápice. (Mitidiero, 2017, pp. 35-39)

Além dessas mudanças estruturais, ainda foi necessário que a *House of Lords* reconhecesse a sua vinculação aos precedentes criados por ela, ou seja, a obrigatoriedade deles próprios seguirem os seus precedentes. Esse processo foi desenvolvido ao longo de décadas e diversos processos judiciais. Dois momentos importantes foram a decisão de *Beamish v. Beamish* em 1861, em que um dos lordes reconheceu que a corte era vinculada a um outro precedente dela, porém foi o único que usou esse argumento na decisão, e *London Tramway Co. v. London County* em 1898, em que a corte reconheceu a sua auto vinculação. (Mitidiero, 2017, pp. 39-40)

É interessante compreender esse processo de desenvolvimento do precedente no Common Law para entender que ele não se deu do dia para a noite e é feito com pressões para o desenvolvimento e enfraquecimento desse sistema. Esses conflitos entre a vinculação dos precedentes e a liberdade de escolha do juiz é fortemente perceptível no Brasil, que começou o seu processo de desenvolvimento de precedentes apenas no fim do último século e somente criou um compromisso claro a essa mudança com o código de processo civil em 2015. Uma forma de ver essa discussão é na pesquisa da AMB de 2018 em que mais da metade dos magistrados afirmaram que podiam decidir sem considerar o sistema de precedentes e que o sistema de precedentes prejudicava a sua independência. É importante destacar que tal pesquisa foi feita em 2018, apenas 3 anos após a publicação do CPC e 2 anos de sua vigência, e pode ter havido uma maior recepção entre os juízes com a melhor adaptação ao sistema, porém, ainda é frequente casos em que juízes decidem de maneira contrária a precedentes, o que é visto pelo

fato de que existem 3000 reclamações constitucionais atualmente no STF²⁰, o que equivale a 10% dos casos que esperam ser julgadas.

Esse processo de tornar os precedentes vinculantes dentro do sistema de *civil law* não é exclusivo do Brasil. Isso ocorre pois, devido a aproximação dos sistemas de *civil law* e *common law*, que gera tanto o aumento da força de precedentes em países de origem romano-germânica quanto o aumento da relevância de leis nos países de *common law* (Barroso; Mello, 2016, p. 5-6).

Além disso, importante ressaltar que esse processo não se iniciou em 2015, quando foi reconhecido pelo CPC, mas passou por um gradual processo de aumento de influência das decisões da suprema corte, que se deu, antes do CPC, por meio de diversas reformas na Constituição de 1988 e no CPC de 73.²¹ (Cabral, 2015, p. 2)

Uma das alterações constitucionais já comentadas anteriormente no capítulo 1, foi a previsão de eficácia *erga omnes* nas ações do controle concentrado, fazendo que o seu dispositivo tivesse que ser respeitado pelos outros tribunais.

Já em relação as leis que reformaram o CPC de 1973, uma delas é a Lei nº 9.756/1998 que, alterando o artigo 557 do CPC, tornou possível que o relator inadmitisse recurso que estivesse em confronto com a jurisprudência dominante do tribunal superior, ou que desse provimento caso a decisão recorrida estivesse contrária a essa jurisprudência dominante, dessa forma fazendo com que o relator no tribunal tivesse a obrigação de verificar os precedentes firmados pela corte, mesmo não os chamando por esse nome. (Cabral, 2015, p. 2)

Outra relevante alteração se deu com a lei 11.232/2005 que, por meio da alteração do artigo 741 e pela criação do artigo 475-L, permitiu que se fizesse embargo desconstitutivo de coisa julgada quando a decisão foi feita baseada em interpretação que o STF via como incompatível com a Constituição, dessa forma, possibilitando que até mesmo a coisa julgada fosse negada caso os precedentes não fossem obedecidos. (Barroso; Mello, 2016, p. 9) Além dessas leis, importante destacar a EC 45 de 2004, que criou a repercussão geral e a sua posterior regulamentação pela lei 11.418/2006, que fez com que todas as decisões feitas pelo STF em RE considerem a função pública do STF em decidir apenas aquilo que for relevante para o país.

²⁰ É importante, porém, considerar que existe a possibilidade de se entrar com reclamação no STF com o objetivo de superar precedente, que será analisado no tópico 3.4, o que indica que nem todas as reclamações têm como objetivo a manutenção da autoridade das decisões da corte.

²¹ Segundo Didier Jr. e Souza (2015) apontam que o histórico de valorização do precedente no Brasil em verdade se inicia no período colonial, e teve desenvolvimentos no regime imperial, sem negar a relevância dos mecanismos criados mais recentemente para a criação do modelo de precedentes que conhecemos hoje.

Após essas reformas, nos últimos anos do CPC de 73 os precedentes firmados pelo STF em muitos casos já possuíam eficácia normativa, isso é, vinculantes, porém, salvo os casos dos precedentes formados por decisão no controle concentrado²², não existia nenhuma forma de garantir a sua aplicação. Isso se dá, pois, a reclamação constitucional era garantida na Constituição apenas para o controle concentrado e para súmulas vinculantes, e os tribunais superiores entendiam que esse mecanismo não se estendia para outros casos em que precedentes foram desrespeitados, como decisões com repercussão geral. (Barroso; Mello, 2016, p. 14-16)

Dessa forma, para questionar essa decisão, era necessário que fosse feito pela via recursal, e esses recursos eram inadmitidos pelo tribunal de origem, geralmente o mesmo que havia violado o precedente, só chegando aos tribunais superiores como um agravo contra o despacho do presidente do tribunal de origem que negou o seguimento do recurso. Após entrar como ARE, esse recurso se juntava a altíssima carga de processos do STF, o que tornava difícil, demorado e raro de um caso desses de ser julgado. (Barroso; Mello, 2016, p. 14-16)

Portanto, tal como a segunda fase do processo de construção dos precedentes britânico, os precedentes eram ditos obrigatórios, porém os juízes podiam, por mera vontade, não os seguir, pois não existia nenhuma forma de garantir o respeito a ele, dessa forma, apesar de expressamente vinculante, o precedente na prática era persuasivo²³.

O CPC de 2015 veio com a previsão expressa de que precedentes deveriam ser seguidos, além de ter expandido o âmbito da reclamação para englobar as decisões de RE que não estavam previstas anteriormente. A previsão do precedente se dá com a criação do artigo 927, que diz que o juiz, ao decidir, deve considerar:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 - II - os enunciados de súmula vinculante;
 - III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 - IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 - V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
- (Brasil, 2015)

Os quatro primeiros tópicos desse artigo tratam da necessidade de todos os órgãos seguirem as decisões dos tribunais superiores, enquanto o último vincula o julgador ao órgão

²² As súmulas vinculantes também tinham a obrigatoriedade de ser seguidos, porém, devido ao conceito de precedente que iremos desenvolver posteriormente, ela não deve ser considerada um precedente.

²³ Barroso define que este é um caso de eficácia intermediária, pois, apesar de não ser classificado como vinculante ou normativo, visto que não se tem como garantir a sua aplicação, o precedente gerava várias outras consequências no ordenamento que não existem para outras decisões judiciais, sendo alguns exemplos as alterações que expandiram a importância dela que citamos anteriormente.

do qual ele faz parte. Entre os incisos relativos aos tribunais superiores, cumpre destacar que apesar de a decisão do controle concentrado conter precedente, ela não é em si própria o precedente, sendo necessário separar os seus efeitos de controle de constitucionalidade, podendo retirar a lei do ordenamento, dos seus efeitos de criação de precedente. Além disso, os enunciados de súmula, apesar de deverem ser considerados, não podem ser considerados precedente, tendo em vista o conceito de precedente que iremos abordar mais à frente. Por fim, Mitidiero (2017, p. 93) afirma que a definição deste artigo é meramente exemplificativa, não considerando outros casos em que existe precedente, como por exemplo, a existência de recursos extraordinários não repetitivos, e embargos de divergência, ambos processos que têm em sua função a unificação do direito.

Quanto à possibilidade de reclamação, o artigo 988 do CPC define que cabe reclamação nos seguintes casos:

- I - preservar a competência do tribunal;
- II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)
- IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

Em relação a reclamação, os incisos III e IV repetem os casos que devem ser observados na decisão que foram levantados no artigo 927, mas, devido aos incisos I e II, que tratam da competência do tribunal e da autoridade de suas decisões, o STF aplica²⁴, diferente de como era antes deste CPC, a reclamação para decisões que foram contrárias a precedentes feitos em casos com repercussão geral²⁵, sendo necessário, porém, considerar os requisitos levantados na decisão do Agravo Interno na Reclamação 39.305:

A norma contida no artigo 988, § 5º, inciso II, do Código de Processo Civil merece interpretação restritiva quanto ao cabimento da reclamação para hipóteses em que se discute aplicação de tese em repercussão geral reconhecida, tendo a jurisprudência desta Corte fixado os seguintes critérios para o cabimento da reclamação nesses casos: (i) o prévio esgotamento dos meios recursais; e (ii) a demonstração da teratologia da decisão reclamada (Rcl 39305 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 03/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-097 DIVULG 22-04-2020 PUBLIC 23-04-2020)

²⁴ Mitidiero (2017, p. 97-98) considera um erro a aplicação de reclamação para a defesa de precedentes, visto que a reclamação foi criada para proteger a autoridade das decisões num sentido concreto, e não a autoridade do precedente, mas, tendo em vista que ele vem sendo aplicado para proteger a autoridade dos precedentes, ele deve ser capaz de se ter como base todos os precedentes, não somente os casos previstos no artigo 988.

²⁵ Importante lembrar que a reclamação devido a precedente formado por *Ratio Decidendi* não é aplicável para os casos do controle concentrado, como foi discutido no tópico 1.1.3

Dessa forma, com a previsão de que os precedentes devem ser observados nas decisões de todo o sistema judiciário e com a possibilidade de se recorrer e anular decisão que for contrária a precedente definido pela corte suprema, os precedentes se tornam com o CPC de 2015, verdadeiramente vinculantes no Brasil.

2.2. A Ratio Decidendi

Compreendendo como se começou a se ter precedentes no Brasil e a sua atual situação quanto a ser vinculante ou não, se torna necessário compreender o que de fato é o precedente.

Inicialmente, um fato relevante é que não é a totalidade da decisão judicial considerada precedente que vai ser vinculante, visto que muito da decisão é específico para as particularidades daquele caso, ou ainda, é um argumento que apesar de importante, não é necessário para se alcançar a decisão.

Dessa forma, foi construído que a parte vinculante de uma decisão que se torne precedente seja a sua Ratio Decidendi, também conhecida como Holding ou como fundamentos determinantes da decisão. Esse conceito possui uma infinidade de significados já dados a ele, sendo um deles o de McCormick (2008, p. 211), que é a solução jurídica alcançada na decisão e que tenha os elementos suficientes e necessários, para a resolução da questão concreta. Outra definição, apresentada por Mitidiero em relação as razões que compõe a *ratio*:

as razões que sustentam a ratio são juridicamente protegidas, necessárias e suficientes. Razões juridicamente protegidas são aquelas que tem o *pedigree* do direito e determinam a adoção de um dado comportamento. São razões dotadas de autoridade. Razões necessárias são aquelas sem as quais é impossível chegar à conclusão alcançada pela corte para solucionar a questão examinada. Razões suficientes são aquelas indispensáveis para se obter a resolução da questão analisada. (Mitidiero, 2023, p. 74-75)

Dessa forma, a Ratio é a fundamentação que deve ser replicada quando casos tiverem os mesmos elementos relevantes, mesmo que possuam diferenças em pontos que não são os necessários para a decisão. (Mello, Barroso, 2016, p. 20)

Além disso, tendo em vista que os precedentes vinculantes brasileiros são feitos de maneira colegiada, é necessário para a formação de precedente uma formação de maioria quanto a fundamentação necessária para se alcançar um resultado, e não apenas quanto ao resultado, sendo possível a existência de decisões em que juízes tenham razões distintas e não se forme maioria quanto a fundamentação da decisão, caso em que não se forma precedente, como pode ser visto no conceito do Mitidiero, que afirma que a Ratio é a razão defendida pela maioria da corte. (Mitidiero, 2023, p. 76)

Tendo base nesta necessidade de os fundamentos serem defendidos pela maioria, o ministro Barroso (Mello; Barroso, 2016, p. 22-23) defende que ao decidir questões relativas à precedente, se redija uma tese jurídica que fundamente a decisão, tal qual é feito no caso das decisões de RE. Essa ideia, apesar de positiva por gerar maior clareza ao precedente, aumentando assim a possibilidade de os juízes seguirem o precedente, tem duas falhas: a primeira em relação ao problema apontado por Taruffo (2014, p. 8-10), em que aquele que redige a súmula ou tese se baseia em argumento que não faz parte dos fundamentos determinantes, tornando uma parte da decisão que não deveria ser vinculante em vinculante.

A segunda dessas falhas está relacionada a confusão entre precedente e tese jurídica que é feita por muitos autores brasileiros. Essa confusão é perigosa pois tornaria o precedente em uma regra geral e abstrata que deve ser seguido pelos outros julgadores, isso é, torna o precedente norma. (Streck, 2016) Essa ideia, ainda, é incompatível com a teoria lógico-argumentativa, visto que nela se cria uma solução jurídica para um contexto fático-jurídico específico, dessa forma, não se criando norma, mas se determinando um sentido a uma norma já existente. Além disso, apesar de servir para determinar o direito, o que é perceptível na tese, um precedente não pode ser considerado sem se levar em conta as razões fático-jurídicas que levaram a decisão neste sentido. (Mitidiero, 2022, p. 84).

Tendo em vista a necessidade de se compreender os fundamentos fático-jurídicos que levam a decisão, a delimitação de tese, como é feito no caso dos Recursos Extraordinários não é capaz de suprir os quesitos necessários para se compreender de fato a *ratio decidendi*. Além disso, visto que as teses são feitas de maneira abstrata, é impossível que se faça a comparação fática entre os casos quando se cria uma tese exclusivamente jurídica e é necessário para a aplicação do precedente uma compatibilidade fática entre os casos.

Em relação as teses, Mitidiero (2023, p. 84) vê a tese como um ato de empatia da corte que criou o precedente com os outros operadores do direito para indicar uma regra geral que eles tiraram do precedente, porém, a tese não deve ser lida sem considerar a *ratio* da decisão, visto que a tese é um enunciado apresentado sem base fática e que não tem apresenta o contexto que levou a essa tese.

2.3. Obiter Dictum

Sabendo que a *ratio decidendi* é a parte vinculante da decisão formadora de precedente, resta compreender para que serve o resto da decisão. Essas partes são conhecidas como *obiter*

dicta, que pode ser definido como tudo aquilo que está na decisão e não faz parte da *ratio decidendi*.

Dessa forma, *obiter dicta* é todo argumento, que, mesmo sendo relevante para a compreensão e motivação da decisão não fazem parte dos fundamentos determinantes da decisão. Pode ser considerado *obiter dictum* por exemplo, discussão sobre valores inerentes do direito e sopesamento de princípios (MacCormick, 2008, p. 211), argumentos que não foram majoritários (Mello; Barqueiro, 2017, p. 672), ou declarações da corte sobre matéria que não está decidindo no momento, sendo apenas um dito de passagem (Didier Jr., 2020, p. 44)

Apesar de não serem vinculantes, esses *obiter dicta* podem ser importantes tendo em vista o seu forte efeito persuasivo, em especial em casos em que se trata de coisas que não fazem parte da Ratio, ainda estão fortemente ligados a ela. (Marinoni, 2013, p. 194) Podem ser importantes também para uma melhor compreensão da decisão e de seus motivos (Taruffo, 2014, p. 7), ou por indicar posicionamentos futuros e para inspirar novas teses (Mello; Barroso, 2016, p. 25). Além disso, eles são importantes elementos para a deliberação externa, visto que pessoas que não somente os julgadores vão conhecer os argumentos apresentados.

2.4. Eficácia do Precedente e o Processo de Distinção

O precedente vinculante deve ser considerado nas decisões judiciais, mas quem é obrigado a analisá-lo e como ocorre essa análise?

Os precedentes possuem eficácia tanto vertical quanto horizontal. Isso quer dizer que, não só os tribunais que são hierarquicamente inferiores devem seguir o precedente, como também a própria corte que o criou tem a obrigação de seguir essa interpretação.

Apesar dessa definição de vinculação, a aplicação do precedente não é mecânica, o juiz deve analisar o novo caso que aparenta se relacionar com o precedente tendo o precedente como base, verificando se o precedente que aparenta ser aplicável de fato é compatível com a realidade fático-jurídica do caso que ele está analisando. Essa previsão fica clara no artigo 489, §1º, do CPC, que indica que o juízo não pode nem apenas apontar que existe precedente e o aplicar, sem comprovar a compatibilidade do caso em análise com os fundamentos determinantes do precedente, nem deixar de seguir o precedente sem comprovar que o caso é distinto ou que esse precedente foi superado.

Quando o caso for considerado compatível, o juiz deve aplicar o precedente, mesmo que não concorde com a interpretação. Para Mitidiero, apesar da obrigação de seguir o precedente, o juiz pode em sua argumentação apresentar uma espécie de *dissenting opinion*, isso é, deixar

claro os motivos pelos quais ele acredita que o precedente não deveria ser válido, porém, tendo em visto que não tem poder para votar diferente, vai seguir o precedente. (Mitidiero, 2017, p. 107). Um exemplo desse dissenso seria o ponto II do seguinte acórdão relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence em 2002,

Presunção de não culpabilidade. I. Execução penal provisória e presunção de não culpabilidade. A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator. II. Jurisprudência e coerência: legitimidade da observância da jurisprudência sedimentada, não obstante a convicção pessoal em contrário do juiz. A crítica ao relator que aplica a jurisprudência do Tribunal, com ressalva de sua firme convicção pessoal em contrário trai a confusão recorrente entre os tribunais e as academias: é próprio das últimas a eternização das controvérsias; a Justiça, contudo, é um serviço público, em favor de cuja eficiência - sobretudo em tempos de congestionamento, como o que vivemos -, a convicção vencida tem muitas vezes de ceder a vez ao imperativo de poupar o pouco tempo disponível para as questões ainda à espera de solução. (HC 82.490/RN, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento em 29.10.2002, DJ 29.11.2002)

A existência desses dissensos seria positiva para o sistema de precedentes, visto que permitiria uma maior percepção de como os juízes estão vendo o precedente existente, e, facilitando assim a sua superação caso ele tenha se tornado negativo para os operadores do direito.

Caso, porém, o juiz não considere que há compatibilidade entre o precedente e o caso analisado, o precedente não deve ser aplicado. (Mello, Barroso, 2016, p. 25-26)

Em relação a esse processo de comparação entre o precedente e o caso novo, Mitidiero (2023) apresenta 3 possibilidades de resultados que podem ser alcançados. Esses resultados são que as questões são consideradas idênticas, semelhantes ou distintas.

As questões idênticas são aquelas em que existe identidade essencial, isso é, ao eliminar todos os elementos acidentais, como as partes, o lugar e o tempo do fato e o valor. Nesses casos, o precedente é visto como “*settled law*” e deve ser aplicado, porém, o autor indica que nesses casos, outras soluções podem ser usadas, como coisa julgada sobre questão em benefício de terceiros, ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos. Um exemplo de questões idênticas são casos referentes a cobrança de taxa de matrícula por universidades públicas (Mitidiero, 2023, p. 85-94).

As questões semelhantes são questões em que existe congruência entre os elementos fáticos e jurídicos relevantes, mas é necessário algum nível de generalização, desconsiderando os elementos acidentais. Nesse caso, não existe “*settled law*”, mas sim um “*case of first impression*”. Dessa forma, a aplicação do precedente passa por um processo de justificar a

semelhança entre as questões para poder aplicar a ratio da decisão precedente e transformar essa questão em “*settled law*”. Além disso, quando as situações são semelhantes, existe a possibilidade de se formarem “cabos de guerra”, em que precedentes diferentes podem ser suscitados e que a corte tem que decidir qual deles é mais compatível com esse caso. (Mitidiero, 2023, p. 86-101)

Questões distintas, por sua vez são aquelas em que ou não existe congruência entre os elementos essenciais, ou aquelas que havendo congruência entre esses elementos, contem fato que não tinha sido considerado anteriormente. (Mitidiero, 2023, p. 87)

Importante ainda ressaltar que o ônus argumentativo em relação ao distinguishing é daquele que busca a distinção ao precedente, que tem que apresentar, como vimos acima, ou que seus elementos essenciais (características fáticas e jurídicas relevantes) são diferentes, ou que existe um fato novo que não foi considerado na decisão que gerou o precedente, visto que se tem a obrigação de provar que o caso possui diferenças claras em relação ao precedente que se presume aplicável. (Silva, 2014, p. 94)

A distinção se dá, dessa forma, quando o juiz acredita que a realidade fático-jurídica do caso é diferente da do precedente o que faz com que os fundamentos determinantes não sejam capazes de solucionar o novo caso, seja porque ele possui fatos diferentes que também precisam ser analisados, ou porque a sua argumentação jurídica é distinta, o que leva a outra discussão jurídica. (Mello, Barroso, 2016, p. 26)

A técnica da distinção, apesar de ser uma técnica que tem como resultado a não aplicação do precedente, é importante para o sistema de precedentes, primeiro por tê-lo como pressuposto, (Mitidiero, 2022, p. 86) visto que, caso o precedente não fosse vinculante, não seria necessário esse processo para a sua não aplicação, e segundo por permitir o desenvolvimento do precedente, podendo compatibilizar esse precedente a casos que não foram estudados anteriormente ou a novos casos, permitindo assim a delimitação de maneira mais clara de quando o precedente deve ou não ser seguido. (Mello; Barroso, 2016, p. 26)

2.4.1. Distinção Inconsistente

Ainda em relação ao processo de distinção, existem casos em que não existem de fato elementos que sejam capazes de gerar a distinção, porém os juízes fabricam uma justificativa para a distinção para evitar aplicar precedente que considera errado. Esse processo é uma clara violação a autoridade do precedente, e, por consequência disso, gera instabilidade sistêmica. Esse método, porém, também pode ser positivo, por indicar que a argumentação do precedente

não foi capaz de convencer os outros juízes, forçando um diálogo entre as instituições, seja para fazer a corte que criou o precedente alterá-lo, seguindo a insatisfação dos outros julgadores, seja pelo reforço do precedente que foi questionado. (Mello; Barqueiro, 2017)

Apesar da superação inconsistente buscar um esvaziamento do precedente por meio do desrespeito a ele, apenas o tribunal que proferiu o precedente tem o direito de decidir, por considerá-lo inadequado, injusto ou mesmo errado, alterar a interpretação da lei para limitá-lo, retirá-lo, ou substituí-lo por outra interpretação em um caso em que o precedente deveria ser aplicado. Esses processos tratam do direito dessa corte de desenvolver o precedente, que vai ser analisado no próximo capítulo, com foco no *overruling* (superação). Importante destacar que, apesar de poder superá-lo, a corte de vértice ainda é vinculada a esse precedente, dessa forma, existe um conjunto de regras para permitir que essa superação seja feita sem prejudicar o *stare decisis* ou gerar casuísmos, além de obrigar as turmas e ministros de decidirem de acordo com o precedente da corte.

Capítulo 3 – Superação de Precedentes

Quando se estuda precedentes, é comum se falar no *stare decisis*, doutrina basilar para teoria dos precedentes que se deriva da expressão em latim ‘*stare decisis et non quiete movere*’, que afirma que não se deve mudar o entendimento sobre as matérias já decididas, dessa forma, vedando a alteração de precedente. Essa doutrina se baseia na ideia de que o jurisdicionado não deve ser pego de surpresa pela decisão judicial, visto que o direito deve ser conhecido por ele, dessa forma, é necessário que exista confiança justificada na manutenção das normas vigentes no ordenamento jurídico. (Silva, 2014, p. 98)

Essa necessidade de solidificação da interpretação também é extremamente positiva, pois com ela existe a tendência de uma redução da quantidade de ações no sistema judicial, inicialmente por inibir a judicialização lotérica, em que autores entram com ações na justiça visto que existem juízes que aprovam e que não aprovam ações semelhantes a original. (Andrade, 2019, p. 1)²⁶.

Por outro lado, a total impossibilidade de alteração de precedentes tornaria inviável o funcionamento do sistema judiciário, visto que ela geraria um engessamento do direito que não poderia ser solucionado. Essa superação, ainda, é necessária para evitar a solidificação do direito, visto que uma das funções da corte suprema é o desenvolvimento do direito, e se precedentes não pudessem nunca ser superados, o sistema estaria impossibilitado de superar interpretações do direito que não fazem mais sentido para a realidade atual, visto que, apesar de as leis por trás da decisão puderem ser as mesmas, a interpretação da realidade fático-jurídica pode ser alterada com o tempo, devido a valoração diferenciada nessa análise. (Mitidiero, 2017, p. 103)

Por essa razão, a teoria do *stare decisis* necessita permitir a alteração e revogação de precedentes, tendo essa alteração, porém, que seguir um conjunto de regras para permitir que seja menos danosa possível para a estabilidade do direito e a proteção da confiança justificada. Essas regras, definidas pela doutrina internacional e replicadas por Mitidiero (2017, p. 103), são conhecidas como norma básica para a superação de precedentes.

²⁶ Um conhecido caso de jurisdição lotérica no DF era o caso de estudantes de ensino médio que, aprovados em vestibular antes da conclusão do ensino médio, entravam em supletivos para conseguir diploma de ensino médio para poder conseguir entrar no ensino superior. Essa judicialização, porém, pode vir a diminuir com a aprovação, no ano de 2022 do tema 13 do IRDR/TJDFT, que proíbe o uso de supletivos para adiantamento do fim de ensino médio para alunos menores de idade que visam a entrada no ensino superior.

3.1. Motivos para a superação do precedente

Uma boa forma de compreender a norma básica para a superação de precedentes é ver quando a suprema corte americana a usou como argumentação para justificar a manutenção de um dos então mais importantes precedentes vigentes da corte, *Roe vs. Wade*, na decisão de *Planned Parenthood vs. Casey*.

A análise referente a possibilidade de superação do precedente se inicia tratando sobre como o precedente só deve ser superada quando for considerado um. Esse, porém, não deve ser o único critério que deve ser considerado, tendo em vista que o princípio do *stare decisis* não é absoluto, devendo ser considerado, também, se o precedente se transformou praticamente impraticável ou se a visão dos princípios do direito mudaram de forma a tornar o precedente incompatível com a visão atual do direito. Nesses dois casos, o precedente teria perdido a sua eficiência ou a necessidade de sua existência, fazendo com que a sua superação não gere danos a aqueles que tinham seus direitos defendidos pelo precedente ou para a sociedade que o tem como norma.²⁷

No Brasil, esses princípios podem ser vistos na análise feita pelo ministro Edson Fachin no RE 655.265, em que ele conclui que a revisão do precedente não deve acontecer tendo em vista que não existiam desgastes perceptíveis no precedente, e a sua alteração seria mais danosa para o sistema do que proveitosa.

Neste sentido, Macedo (2022, p. 324-329), ao tratar da teoria de Summers, apresenta a existência das razões substanciais e razões de segurança para o fundamento de decisões e utiliza esses conceitos para falar sobre a superação de um precedente. As razões substanciais são aquelas que se baseiam em valores morais, econômicos, políticos, institucionais ou sociais de alguma outra forma. Já as razões de segurança são a base da argumentação em leis e precedentes. Dessa forma, em geral, para a superação de precedente é necessário que a razão substancial que motive a mudança do precedente seja mais forte que a razão de segurança que é conquistada pela manutenção do precedente.

Por essa razão, aquele que busca a mudança do precedente tem o ônus argumentativo de apresentar não apenas porque o seu ponto de vista é mais adequado, mas também que essa mudança é mais importante que a manutenção do *stare decisis*. Nessa circunstância, em geral a superação de precedentes é feita num confronto principiológico entre o *stare decisis* e outro princípio que exija a mudança. Esse processo somente só não se dá quando o precedente está

²⁷ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), p. 854-855.

tão fragilizado por aplicações e distinções inconsistentes que fazem com que a própria razão de segurança defenda a superação do precedente, visto que o *stare decisis* no precedente vigente está prejudicado. (Macedo, 2022, p. 329-330)

Por fim, é necessário também a garantia da confiança legítima, que é a confiança do jurisdicionado que, salvo indícios em sentido contrário, as regras vão continuar as mesmas. Dessa forma, nessa terceira fase da argumentação após analisar razões substanciais e de segurança, é possível o uso de modulação dos efeitos da superação de precedente para não violar essa confiança legítima, quando não há desgaste evidente do precedente (Macedo, 2022, p. 330-333)

Em relação ao fortalecimento e desgaste de um precedente, se afirma que a reafirmação constante de um precedente aumenta a sua força, formando algo que o direito estadunidense chama de super precedente. Elementos que tornam o precedente mais fraco por sua vez são fortes dissensos no momento da decisão que formou o precedente, crítica doutrinária forte, desrespeito do precedente pelos juízes que a ele estavam submetidos, o uso excessivo de distinções inconsistentes, e, o mais importante deles, a mudança de contexto social, político, jurídico, econômico e técnico em relação ao contexto que foi base da decisão que foi usada como precedente. Em geral, a principal justificativa para a mudança do precedente é a mudança de contexto ou erro no precedente, que é associado a outras razões para a superação. (Macedo, 2022, p. 333-339)

Silva (2014, p. 100), por sua vez, propõe sintetizar as razões de superação em 4 categorias principais, contendo as duas primeiras em conjunto um total de 5 subcategorias. Essa classificação aponta, com a exceção do último caso, critérios semelhantes com que a teoria americana, porém com uma sistematização distinta.

A primeira grande categoria de casos em que o precedente deve ser alterado são os casos de precedentes contraditórios. Dentre esses precedentes, existem os precedentes obscuros, os precedentes inoperáveis e os precedentes inconsistentes. Precedentes obscuros são aqueles em que, por algum motivo, não existe clareza quanto a qual é a *ratio decidendi*, dessa forma, impedindo que possa ocorrer o processo de distinção, visto que não se sabe quais são os elementos da decisão que foram importantes para ela e que, portanto, devem estar presentes para que o precedente seja aplicado. (Silva, 2014, p. 101) Dessa forma, esse precedente se torna impraticável, sendo necessário que seja substituído por precedente distinto ou adaptado para que se tenha uma definição clara de qual é a sua causa de decidir.

A segunda dessas subdivisões são os precedentes inoperáveis, que são aqueles que exigem do jurisdicionado uma ação impossível ou de difícil execução. Um exemplo desse tipo

de precedente, como apontado pelo autor, é o caso da exigência de prova material para a garantia de pensão por morte, que deixou de ser exigida nos casos de união estável com a súmula 63 da turma nacional de uniformização de jurisprudência. (Silva, 2014, p. 101-102)

Por fim, dentro da categoria dos precedentes contraditórios são os precedentes inconsistentes. Nesse caso, os julgadores de outro nível hierárquico criam distinções inconsistentes com o objetivo de não aplicar o precedente. Nesse caso, apesar de o processo de distinção não ser, à primeira vista, legítimo, visto que não existe uma diferença relevante entre os casos, quando acontece em grandes quantidades, retira força do precedente, visto que quebra a confiança justificada do jurisdicionado para com o precedente. (Silva, 2014, p. 102) Dessa forma, o desrespeito ao precedente feito de maneira generalizada pode ser motivador para a superação do precedente, visto que ele já não cumpre mais seus efeitos.

A segunda categoria de razões para a superação de precedentes é quando os precedentes são obsoletos. Nesse caso, as duas subcategorias são quando mudanças sociais tornaram esse precedente obsoleto, e outra é quando a legislação foi alterada para tornar esse precedente obsoleto. (Silva, 2014, p. 102)

O caso de o precedente virar obsoleto por alterações sociais em geral se relacionam com temas mais políticos e no centro da discussão social, e muitas vezes são a forma de garantia da função contramajoritária da corte na defesa de direitos de minorias. Um exemplo desse tipo de superação de precedente é o caso *Brown vs. Board of Education*, nos Estados Unidos, que acabou com a possibilidade de existir segregação racial em escolas nos Estados Unidos.

O precedente que se torna obsoleto devido a mutação jurídica é aquele que perde efetividade devido a mudança de alguma norma, seja pela criação de nova lei, ou pela alteração de uma lei que altere a base legal do precedente. (Silva, 2014, p. 105)

Um dos casos mais conhecidos em que o precedente perdeu sua efetividade por ação do legislador é o caso da vaquejada, em que o STF, na ADI 4983, em outubro de 2016, declarou inconstitucional lei cearense que regulamentava vaquejada, e que tinha em sua *ratio decidendi* a inconstitucionalidade da prática tendo em vista a violência contra animais. Em junho de 2017, porém, o legislador aprovou a emenda constitucional 96, que afirma que praticas culturais que fazem uso de animal não devem ser consideradas violentas, trazendo proteção constitucional a prática da vaquejada.²⁸ Destaca-se que apesar do precedente não ter mais eficácia, o Supremo

²⁸ Após a entrada em vigor da emenda constitucional, ocorreram dois movimentos importantes no STF em relação a essa matéria. O primeiro trata do julgamento de embargos de declaração contra a decisão da ADI 4983 que solicitavam a sua revogação devido a criação da lei nova, que foram recusados pois a parte que entrou com esse recurso não tinha legitimidade para isso. A segunda é a impetração de uma nova ADI, essa visando a inconstitucionalidade da emenda constitucional que permite a vaquejada. Dessa forma, mesmo que no momento a

Tribunal Federal ainda não declarou a sua revogação. Além disso, esse caso é um caso claro de diálogo institucional.²⁹

A terceira categoria de precedentes que devem ser superados são os precedentes errados. No caso desses, a sua própria existência é uma ameaça a legitimidade da corte e a coerência do sistema judiciário. Esses precedentes são considerados errados pois eles foram criados de maneira que não seja condizente com a realidade social e jurídica. Nesses casos, o precedente deve ou se basear em conceitos não condizentes com a realidade social ou que seja contrário a outros precedentes mais relevantes. (Silva, 2014, p. 106) Dessa forma, a mera mudança de opinião dos ministros em relação de qual é a melhor solução para o caso não deveria ser suficiente para considerar o precedente errado.

Por fim, o último caso de precedentes que podem ser revogados são aqueles criados em estado de exceção. Isso ocorre pois o momento de exceção é parte integral da criação do precedente, e a sua replicação em outro momento seria improvável, além da existência de fortes mudanças de contexto entre o momento de exceção e outros momentos do sistema jurídico. (Silva, 2014, p. 106)

Dessa forma, a superação de precedentes deve ser feita de maneira a considerar tanto a estabilidade do direito, evitando a superação de precedente a não ser que esteja presente ao menos um dos requisitos acima citados, ao mesmo tempo que permita o desenvolvimento do direito.

3.2. Métodos de Alteração e superação do precedente

O processo de superação do precedente, sobre o qual se aplicam as regras supracitadas, pode acontecer tanto de maneira total quanto de maneira parcial. A alteração parcial é menos danosa ao ordenamento, visto que ela gera mudanças menos bruscas e muitas vezes trata de uma adequação do precedente a algo não considerado anteriormente. Quanto a superação total, existem alguns critérios a mais que devem ser analisados, visto que, tendo uma total quebra

vaquejada seja uma prática legal no Brasil, visto a permissão constitucional, o diálogo institucional para definir qual é a decisão correta ainda não está finalizado.

²⁹Quando o legislador discorda de precedente firmado por Corte Suprema, ele tem a possibilidade de responder essa decisão com a criação de uma nova norma que seja contrária ao precedente, formando assim um diálogo institucional entre o legislador e o judiciário. (Mendes, 2008, p. 14) Após a criação de norma, o judiciário pode se pronunciar sobre a constitucionalidade dessa nova norma, podendo ser declarada ilegal pela Suprema Corte, caso interprete que viola a Constituição, se a nova norma for uma lei. Caso a nova norma for criada por meio de emenda constitucional, ela ainda pode ser revogada quando ela alterar princípios e normas constitucionais imutáveis. Dessa forma, o legislador e o judiciário podem firmar constante diálogo com a criação de novas determinações e interpretações sobre o caso.

com o precedente, gera mais riscos para a confiabilidade na justiça. Existe também casos em que os outros tribunais deixam de aplicar o precedente antes da Corte Suprema fazer a superação, esse movimento é conhecido como superação antecipada. Além disso, existem ações que o judiciário pode ter para diminuir os danos causados pela mudança repentina de precedente, sendo uma delas a sinalização que faz com que os interessados tenham conhecimento prévio sobre a possibilidade de alteração do precedente e outra a modulação dos efeitos da superação do precedente, para que os efeitos da superação sejam mais prospectivos.

3.2.1. Superação Parcial

Referente a superação parcial, ela é conhecida como *overturning*, e pode se dar de duas formas distintas, a transformação e a reescrita, também conhecida como *overriding*. A transformação ocorre quando a corte altera o precedente levando em conta fatos não presentes na decisão anterior, mas não nega a validade do precedente. (Mitidiero, 2017, p. 103)

O *overriding* acontece quando a corte deixa de aplicar um precedente para aplicar outro precedente na solução de um caso. Apesar de ser tratado como uma forma de superação parcial do precedente, esse processo se dá por meio de uma distinção restritiva de um precedente seguida da ampliação de outro precedente. O título de superação parcial, porém, ainda lhe é válido, pois, na prática, é isso que ocorreu. (Macedo, 2022, p. 340)

3.2.2. Superação Total

Mais gravosa que a superação parcial é a superação total, também conhecida como *overruling*, em que o tribunal derruba o precedente anterior como um todo e o substitui por outro precedente. (Mitidiero, 2017, p. 103) É em relação a ele que as regras de superação de precedente que foram anteriormente apresentadas são mais relevantes, e ainda existem algumas outras que devem ser observadas ao tratar da sua superação.

A primeira e mais clara dessas regras é a prevista no próprio código de processo civil, derivada do artigo 927, § 4º, em conjunção com o artigo 489, § 1º, VI.³⁰ O conjunto dessas 2 regras dizem que para acontecer a superação do precedente é necessário que exista justificativa

³⁰ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...)

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

específica e fundamentada, além de ser vedado o não cumprimento de precedente sem uma comprovação de distinção ou de superação desse precedente.

Essa regulamentação é necessária pois, tendo em vista a necessidade de manutenção do *stare decisis* e a manutenção e conquista da confiança do jurisdicionado, o julgador precisa apresentar além das justificativas que levam a decisão do caso, quais são as razões que o levaram a superar o precedente. (Macedo, 2022, p. 326-328)

Tendo em vista o conjunto dessas duas regras, no Brasil, só é válido a superação expressa do precedente, sendo vedada a superação implícita, conhecida como *implied overruling*. (Andrade, 2019, p. 16)

Outra regra prevista pelo CPC está no artigo 927, § 2º, que permite a consulta popular em casos que podem alterar precedentes, visto que quão mais diversas opiniões forem ouvidas maior chance do novo precedente ser mais acertado.

3.2.3. Superação Antecipada

Em relação superação total do precedente, ainda existem situações em que outros juízos que não aquele que criou o precedente podem deixar de aplicar o precedente. Esse caso é conhecido como superação antecipada, ou *anticipatory overruling*. Nesse caso, o tribunal, ao julgar a causa, deixa de seguir o precedente por verificar indícios de que o precedente está para ser revogado pela suprema corte. Essa visão acontece em especial quando existem desgastes claros do precedente, e a suprema corte ainda não teve a oportunidade de fazer a mudança de precedente. (Fuga, 2020, p. 134-143)

Esse processo gera menor instabilidade ao precedente, pois tendo em vista que o precedente já está em via de perder a sua legitimidade a força de sua razão de segurança não é tão forte. Além disso, ele pode ser positivo como uma forma de acelerar a atualização do direito, pois, tendo em vista o sistema de repercussão geral, muitas vezes é difícil que chegue no STF ação recursal que busque a superação do precedente, já que caso o tribunal de segunda instância negue o prosseguimento do recurso extraordinário por existir precedente, só cabe a impetração de agravo interno para o próprio tribunal, impedindo que a causa chegue ao STF.³¹

³¹ Outra solução para esse problema foi encontrada no uso de reclamação para a superação de precedente, mecanismo que ainda vai ser analisado neste capítulo.

3.2.4. Sinalização

Além das possibilidades de superação do precedente, o órgão judicial decidir aplicar o precedente, porém informar que ele não deve ser mais considerado como confiável. Essa ação tem como resultado uma quebra menos brusca quando o precedente for superado, fazendo com que o jurisdicionado já espere por essa mudança, não havendo surpresa no momento da superação do precedente. Além disso, outro efeito conquistado pela sinalização é o aquecimento da discussão doutrinária sobre esse assunto, visto que em breve ele passará por nova análise. (Silva, 2014, p. 118-120)

Cabral (2015) apresenta a figura do julgamento alerta, que é uma espécie que, segundo ele, é distinta da sinalização, em que o tribunal também deixa de aplicar o precedente, pois no julgamento alerta não é dada certeza da superação. Outras características desse julgamento é que se deve dar uma declaração explícita e clara sobre qual o precedente que deve ser revisto, quais regras devem ter sua interpretação alterada. Além disso, se recomenda que esse indicativo de superação esteja na *ratio* do voto do relator, para que se torne claro que essa indicação foi dada, o que pode se perder se for apontado apenas em *obiter dicta*.

Essa técnica é positiva porque ela fortalece a sensação de continuidade do direito, visto que ela impede a superação inesperada do precedente, mas ela pode também ser negativa, pois, caso posteriormente o precedente não seja superado, ele vai ter como resultado apenas um momento de instabilidade gerado pela declaração de que o precedente estava para ser superado. (Cabral, 2015)

Para Fuga (2020, p. 129-134), porém, os sistemas de sinalização e de julgamento alerta são semelhantes, visto que nenhum deles é de fato capaz de garantir a superação posterior, e tem como efeito o impedimento dos efeitos gerados pela estabilidade do precedente, como a possibilidade de a fazenda pública não recorrer contra decisão baseada em precedente consolidado.

Por fim, essa sinalização também é interessante para a definição dos efeitos do precedente, podendo ser utilizado como base para definir em que momento deve começar a ser considerado válido o novo precedente.

3.2.5. Modulação dos Efeitos do precedente

Precedentes judiciais, diferente de leis, tem como regra a retroatividade quando eles são criados. Porém, existem casos em que existe confiança legítima de que o precedente vai ser mantido, e que, por essa razão, as pessoas guiam as suas ações com base no precedente.

Nesses casos, caso a violação da confiança legítima for capaz de trazer prejuízos graves para aqueles que confiavam nesse precedente, é permitido que o tribunal, de ofício ou requerido, mesmo que por meio de embargos de declaração, module os efeitos do precedente, criando algum critério específico para o início dos efeitos desse precedente. Essa superação prospectiva pode ser: especial, quando é definida uma data, no passado ou no futuro para o início da efetividade do precedente³²; superação prospectiva em que a *ratio* é aplicada naquele caso que foi superado o precedente e somente em casos posteriores, e ainda existe o caso da superação prospectiva pura, em que a *ratio* não é utilizada nem mesmo no caso em que houve a superação do precedente. (Macedo, 2022, p. 348-349)

Este último tipo de decisão prospectiva, porém, é visto como negativo pois ele inibe a busca pela superação do precedente, tendo em vista que a parte que entra com o recurso não teria direito de usufruir da reforma do entendimento. (Fuga, 2020, p. 163)

A modulação de efeitos, quando feita, deve ser feita em votação distinta a votação do mérito da causa para que todos os ministros possam opinar sobre a modulação. Além disso, existe discussão doutrinária em relação a qual é o quórum necessário para a modulação desses efeitos, existindo defesa de um quórum de 2/3, baseado no quórum necessário para a modulação dos efeitos do dispositivo do controle concentrado, e gente que acredita que não cabe analogia nesse caso e, portanto, o quórum deve ser de maioria relativa. Para Peixoto, o quórum deve ser de maioria relativa porque foi uma escolha do legislador em 2015 não colocar uma previsão de quórum que nem a que existia para o controle concentrado em lei anterior. (Peixoto, 2022, p. 219)

3.3. Descumprimento ou superação?

Andrade (2019), ao tratar do *stare decisis* horizontal do precedente, questiona como se pode distinguir se o precedente foi verdadeiramente superado pela corte suprema ou se ela apenas o desrespeitou. Nessa situação ela aponta que a superação só acontece quando o momento de alteração acontece de maneira a considerar o precedente existente e tenha o ônus argumentativo para demonstrar que ele está inadequado a realidade atual, dessa forma, a mera alteração do precedente sem a argumentação específica em relação a superação é apenas um desrespeito ao precedente e não a sua superação.

³² Nesse tipo de modulação que costuma ser interessante o uso da sinalização, visto que o momento dela já retira a confiança legítima no precedente, podendo ser utilizado como momento no passado em que deve começar a ter os efeitos.

Além disso, caso a corte, tal qual o STJ, tenha critérios específicos para a superação do precedente, o não cumprimento desses requisitos regimentais podem indicar desrespeito. (Andrade, 2019, p. 15).

Por fim, outra questão importante é que órgãos fracionários não tem o poder de revogar precedente do plenário, dessa forma, se ministros individuais ou turmas tiverem entendimento contrário ao precedente, eles estão apenas o desrespeitando e não o superando.

3.4.A Reclamação como forma de superação precedente? Justificativa e problemática

Com o sistema de precedentes trazido pelo CPC, outro mecanismo que ganhou bastante força foi a reclamação constitucional. Inicialmente, ela começou a poder ser utilizada para garantir a efetividade do precedente judiciário, podendo ser usada a reclamação contra decisão de tribunal que negasse o precedente. (Fuga, 2022)

Esse entendimento se expandiu, porém, com base na dificuldade de algumas matérias chegarem para ser reavaliadas no STF como uma forma de reanálise do precedente no objetivo do tribunal de desenvolvimento do direito. (Fuga, 2022)

Esse movimento é positivo porque ele aumenta a discussão e melhora o desenvolvimento do precedente, tanto quando ele é mantido, quanto quando ele é considerado não aplicável na decisão sobre a qual houve reclamação. Um problema disso, porém, se deriva da competência para a entrada com o recurso, visto que a reclamação é julgada pelas turmas, que não tem legitimidade para alterar precedente criado pelo plenário. (Fuga, 2022)

Capítulo 4 – Como efetivamente o STF supera precedentes? Análise da ADC 43

Compreendendo todas as regras atreladas a superação de precedente e a importância que elas têm para o *Stare Decisis* e a confiança no sistema judiciário, é importante ver como efetivamente a Corte Suprema age em relação a esses critérios. Para tanto foi decidido analisar a última mudança de precedente em uma das matérias mais discutidas e com precedente mais instável da corte, a prisão após condenação em segunda instância. Sobre este tema, a ministra Rosa Weber na votação da ADC 43 considerou “tema altamente polêmico e de delicadeza extrema. Aliás, não lembro de outro, na hermenêutica constitucional, que tenha merecido, e polarizado, a atenção da sociedade brasileira como este, cada cidadão a defender o que reputa a melhor interpretação do texto constitucional” (STF, 2018, p. 134)

Para tanto, inicialmente iremos fazer um breve histórico sobre a discussão da matéria no STF, com três mudanças de entendimento num período de 10 anos. Após isso, serão analisados os votos dos ministros, para buscar a justificativa específica quanto a superação do precedente, e, além disso, a verificação de se os ministros que aprovaram a mudança do precedente têm os mesmos argumentos. Por fim, será analisada a necessidade dessa mudança de precedente, verificando se nesse caso existe algum dos 4 critérios estudados no capítulo anterior.

4.1. Histórico da discussão da matéria na corte

A discussão quanto a prisão em segunda instância se encontra na interpretação do artigo 5º, LVII, e se o cumprimento de pena após condenação em segunda instância é ou não compatível com o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade.

O primeiro precedente em relação a esse tópico foi formado em 1991, quando, no julgamento do HC 68.726, o STF de maneira unânime decidiu que a prisão em segunda instância não era incompatível com a presunção de inocência. É importante, porém, ressaltar que essa unanimidade foi composta por 8 dos 11 ministros, sendo 2 dos ministros que não votaram os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio Mello, que votaram contra esse entendimento em todas as outras decisões relevantes sobre o caso. (Assis, 2018, p. 143-144)

Em 2009, após já terem ocorrido algumas decisões em sentido contrário em ambas as turmas, acontece o primeiro *overruling* com a decisão do HC 84.078, invertendo a decisão para que a prisão após condenação em segunda instância deixasse de ser compatível com a presunção de inocência, por uma margem de 7 a 4. Entre esses dois julgamentos, a corte passou por uma forte renovação, somente restando dentre os ministros presentes no julgamento de 1991 os

ministros Sepulveda Pertence e Carlos Velloso. Além deles, também faziam parte da composição de 1991 os ministros Marco Aurélio Mello e Celso de Mello que não haviam participado do julgamento. (Assis, 2018, p. 144)

Nesse julgamento, foi decidido que o único tipo de prisão que não violaria a presunção de inocência antes do trânsito em julgado seria o de prisão cautelar, que necessita de justificativa para acontecer. (Assis, 2018, p. 144)

Esse segundo precedente se manteve em vigor por sete anos, porém, em 2016, o STF mais uma vez decidiu reverter o precedente, na decisão do HC 126.292. Mais uma vez, a maior parte da composição da corte havia sido alterada desde a decisão anterior. Outra característica importante desse julgamento é ele ter ocorrido no ápice da operação Lava Jato, sendo assim, um argumento frequente nos votos pela permissão de prisão após a condenação em segunda instância é o combate a impunidade de crimes de corrupção, como apresentado no voto do relator que afirma que a prisão em segunda instância é necessária para a condenação de criminosos de colarinho branco, visto que devido a morosidade do sistema judicial muitas vezes eles conseguem sair impunes.

Nesse segundo *overruling*, a decisão foi tida também por uma maioria de 7 a 4. Poucos meses, na decisão do ARE 964.246, com repercussão geral, houve a manutenção deste entendimento, porém, já ocorreu um estreitamento da margem para 6 a 4, visto que o ministro Dias Toffoli alterou seu entendimento para permitir a prisão após condenação após recurso para o STJ. Também nesse período ocorreu a decisão das liminares nas ADCs 43 e 44, que foram recusadas por 6 a 5, ficando vencidos os 4 ministros que votaram na decisão do HC 126.292 pela vedação da prisão em segunda instância e o ministro Dias Toffoli. (Assis, 2018, p. 145)

Esse precedente, porém, apesar de ser replicado numa decisão de ARE com repercussão geral, já em 2017, vinha sendo consistentemente desrespeitado por três ministros da corte, Marco Aurélio — que declarou que o precedente não era vinculante e que ele fazia resistência democrática a decisão do colegiado do qual ele faz parte —. Lewandowski, e Gilmar Mendes — que também mudou de posicionamento posteriormente a decisão do HC 126.292. (Assis, 2018, p. 145)

Com a mudança de posicionamento dos dois ministros e o constante não seguimento dos ministros ao precedente, se começa a ter fortes indícios de que o precedente vai ser revisto novamente nos anos seguintes, em especial pois as ADCs relativas ao tema ainda estavam pendentes de julgamento.

Em 2018, ocorre a decisão do HC 152.752, em que o resultado foi 6 a 5 a favor da manutenção da prisão em segunda instância. Mas cumpre destacar que o sexto voto nesse

sentido veio da Ministra Rosa Weber, que afirma que votava nesse sentido pela manutenção do precedente, porém tinha ponto de vista distinto e que votaria de acordo com seu ponto de vista quando ocorresse a votação das ADCs.

Em 2019, 3 anos após a mudança anterior de precedente, as 3 ADCs referentes a prisão em segunda instância são julgadas, e se reverte o precedente mais uma vez, com um placar de 6 a 5, para proibir a prisão em segunda instância. Essa mudança de precedente se caracteriza por uma interessante característica em relação as duas anteriores, visto que a mudança de composição entre os 2 julgamentos foi de apenas um ministro, estando a parte mais importante da mudança de posicionamento da corte na mudança de opinião do ministro Gilmar Mendes.

Até o momento de publicação deste trabalho, quatro ministros que estavam na decisão de 2019 se aposentaram, todos eles de posicionamento contrário a prisão em segunda instância, aumentando as possibilidades de que, se o Supremo Tribunal Federal for levado a avaliar essa matéria novamente, possa outra vez inverter o precedente.

4.2. Da Argumentação para a superação do precedente

Como apresentado anteriormente, o CPC de 2015 veda a superação de precedentes caso não haja justificativa específica para tal. Por essa razão e em razão que o ônus argumentativo existe em favor da superação de precedente, serão analisados apenas os votos dos 6 ministros que votaram em favor da superação do precedente para verificar se houve a justificativa específica e quais foram os argumentos utilizados por eles. Não serão considerados os votos vencidos pois não influenciam a *ratio decidendi* da decisão final, além de não precisarem lidar com o ônus argumentativo necessário para superar o *stare decisis* e superar o precedente.

O primeiro voto favorável a ADC, ou seja, contrário a prisão em segunda instancia foi apresentado pelo ministro Relator, Marco Aurélio Mello. Ele ressalta a sua postura de resistência crítica a esse precedente desde a sua criação e aponta que não existe espaço para interpretações semânticas diversas a aquela que diz que só é possível o cumprimento de pena após condenação penal transitada em julgado, somente tendo como exceções os casos de prisão cautelar.

O ministro também comenta como é peculiar a necessidade de se ter que declarar a constitucionalidade de um artigo de lei que tem como texto uma reprodução do texto constitucional, mas que é necessário devido a mudança de entendimento da corte que começou a interpretar a Constituição de maneira diversa. Além disso, aponta que a criação dessa lei em 2011 mostra que o legislativo apoiou a visão do precedente de 2009, que foi revogado pelas

ações julgadas em 2016. Argumenta que, sendo claro o dispositivo constitucional, não cabe a interpretação baseada em argumentos meta jurídicos para alterar o texto claro da lei.

Após isso, aponta que a divisão de presunção de inocência e presunção de não culpabilidade não merece prosperar, visto que para que seja executada a pena, é necessário que estejam presentes a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Não existindo a culpabilidade não é possível a condenação. Além disso, demonstra que a escolha do cumprimento de pena após o trânsito em julgado foi uma escolha do constituinte baseada no fato de que o cárcere é uma severa restrição de liberdade, e que com a condenação em segunda instância pode vir a ter a condenação revertida, tendo a pessoa adiantado pena inexistente.

O ministro segue afirmando que não é cabível qualquer outra interpretação a presunção de inocência e que o precedente vigente é uma clara violação ao texto constitucional, o que o leva à seguinte conclusão:

Urge restabelecer a segurança jurídica, proclamar comezinha regra, segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso. Dias melhores pressupõem a observância irrestrita à ordem jurídonormativa, especialmente a constitucional. É esse o preço que se paga ao viver-se em Estado Democrático de Direito, não sendo demasia lembrar Rui Barbosa quando, recém-proclamada a República, no ano de 1892, ressaltou: “Com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação”. (STF, 2018, p. 39)

Após esse voto, o voto seguinte no sentido de proibição da prisão em segunda instância é o voto da ministra Rosa Weber. A ministra inicia seu voto apontando que é função do STF interpretar a Constituição tendo como base as teorias da interpretação, o que limita a sua interpretação impedindo decisões completamente livres do intérprete. Posteriormente a ministra apresenta a discussão para a definição do texto da presunção de inocência na constituinte, expondo tanto a diferença deste texto ao de todas as constituições anteriores, quanto como foi optado por esse texto que garante uma maior proteção contra diversos outros que eram menos protetivos, mostrando a intencionalidade do constituinte na garantia da não culpabilidade até o trânsito em julgado.

Após isso, ela aponta que a reforma do CPP de 2011 foi feita inspirada no precedente de 2009 que proibia a prisão em segunda instância e que a questão não é se essa é a solução mais acertada, mas sim se essa lei está ou não de acordo com a Constituição.

Após isso, a ministra aponta a criação do precedente que permitiu a prisão em segunda instância em fevereiro de 2016, e aponta que ela foi voto vencido quando afirmou que não cabia superação do precedente visto que a mera mudança de composição ou mudança de opinião de ministro não deve ensejar em mudança de precedente, o que gera insegurança jurídica.

Após isso, a ministra esclarece que após a decisão que negou a liminar nas ADCs 43 e 44 e da decisão do ARE 964.246 com repercussão geral, ela seguiu o precedente definido em 2016 em todas as oportunidades em respeito ao princípio da colegialidade e do dever de equidade, em espera de um momento adequado para um novo enfrentamento da matéria, o que ocorreu nesta votação das ADCs 43, 44 e 54. Nesse ponto ela aponta a vinculatividade vertical do precedente e aponta que não acredita que o Habeas Corpus seria momento ideal para revisão do precedente, visto que seria incoerente o STF afirmar que é abusiva decisão baseada em seu próprio precedente. Essa discussão é importante para indicar que a ministra não está alterando diversas vezes o seu ponto de vista sobre a matéria, mas que ela apenas esperou o momento mais oportuno para buscar uma nova análise do precedente.

Após isso, a ministra aponta que além de conter o princípio da presunção de inocência, o artigo 5º, LVII, também contém regra que proíbe a prisão antes do trânsito em julgado. E essa regra é clara e direta, motivo pelo qual não pode ser construída interpretação contrária a ela.

Posteriormente, ela define os conceitos de presunção de inocência e da distinção entre prisão cautelar e prisão pena, para indicar que não existe interpretação cabível para argumentar que a possibilidade de prisão cautelar possibilitaria a prisão pena, razão pela qual ela comenta:

Gostemos ou não, esta a escolha político-civilizatória manifestada pelo Poder Constituinte, e não reconhecê-la importa reescrever a Constituição para que ela espelhe o que gostaríamos que dissesse, em vez de a observarmos. O Supremo Tribunal Federal é o guardião do texto constitucional, não o seu autor. (STF, 2018, p. 181)

Após isso, a ministra demonstra que não se pode usar o pacto de São José da Costa Rica com o objetivo de limitar a garantia de direitos constitucionais, tanto pela supremacia da Constituição, quanto pela garantia presente no próprio pacto de que ele não pode ser utilizado para limitar o acesso a direito. Após isso, ela aponta que apesar de existirem razões sociais que instigam a busca de desenhos institucionais que gerem maior eficiência da jurisdição, mas o judiciário não tem o poder para, por meio da interpretação, negar a aplicação da própria Constituição. Além disso, mais eficiente que atacar a garantia da presunção de inocência e não inconstitucional seria reformar o processo penal de maneira que ele se torne mais eficiente.

O terceiro ministro a votar a favor da ADC foi o ministro Lewandowski, que afirma que o caso não tem possibilidade de interpretação, além de que, tendo em vista que a presunção da inocência é garantia individual, não podendo ser prejudicada, visto que se é considerado clausula pétrea. Além disso, ele argumenta que não se pode definir que uma pessoa pode ser presa apenas pela vontade do juiz, visto que a Constituição é clara na ideia de que não existe culpa antes do trânsito em julgado.

Ele também levanta a soberania da Constituição, que deve ser seguida, razão pela qual, uma de suas cláusulas pétreas, não pode ser destruída pelas vontades do julgador. Por fim, ele aponta que a regra da presunção de inocência é taxativa, não podendo ser interpretada, visto que não pode haver interpretação quando o sentido for claro.

O quarto voto favorável a mudança do precedente foi proferido pelo ministro Gilmar Mendes. Ele inicia seu voto analisando a impossibilidade de manutenção do precedente, baseando a sua argumentação na necessidade de justificação fundamentada para a prisão prevista no inciso LXI do artigo 5º da Constituição, além de perceber que uma interpretação destoante da Constituição gera riscos de aumentar a arbitrariedade dos operadores do direito penal.

Após isso, o ministro apresenta a definição da presunção de inocência em diversos ordenamentos e aponta que a sua flexibilização se dá na existência de penas cautelares, não podendo existir modulação de uma regra expressa da Constituição para permitir a prisão após condenação em segunda instância. Em consequência da presunção de inocência, não pode existir o cumprimento antecipado da pena também porque a culpabilidade é elemento essencial para a punibilidade de um crime.

Após isso, analisa o desenvolvimento do CPP para alcançar a conclusão de que atualmente a única interpretação constitucional possível para o caso é a de vedação a antecipação da pena. Além disso, a prisão em segunda instância é agravante ao estado de coisa inconstitucional presente no sistema prisional.

Outro de seus argumentos para a vedação a prisão em segunda instância é que num sistema em que precedentes das cortes supremas são corriqueiramente desrespeitados, sendo necessário o recurso a essas cortes para que o réu tenha seus direitos e garantias individuais protegidas.

Após isso, em ditos de passagem, trata do combate a superlotação prisional e as ações de combate a corrupção, além de apontar alternativas ao nosso sistema de presunção de inocência, mas aponta que essas alterações, caso sejam desejadas, devem partir do legislador e não da suprema corte por meio de interpretação.

O penúltimo ministro a aprovar as ADCs foi o ministro Celso de Melo, que inicia o voto condenando a corrupção, porém indicando que o desrespeito dos direitos e garantias individuais pelo judiciário não é meio cabível para solucionar esse problema, chamando a redução da presunção de inocência de tentação autoritária.

Após isso, aponta que a necessidade de a corte ter a sua argumentação baseada na Constituição, não podendo tomar decisão inconstitucional baseado em clamor popular, pois a

ruptura da ordem constitucional é danosa para todos. Também aponta para a função do processo penal de proteger o réu de abusos realizados pelo estado acusador, garantindo assim os direitos e garantias individuais para ele, nesse sentido, ainda discute as garantias relativas ao devido processo legal.

Posteriormente trata sobre a presunção de inocência, falando tanto sobre a existência de regra que garante a culpa apenas o trânsito em julgado, além de apontar a incoerência que é a mesma corte indicar que o réu não pode ser incluído em rol de culpados antes do trânsito em julgado, porém, pode ter antecipação da restrição de liberdade, face mais dura do direito penal. Além disso, aponta que a presunção de inocência finda com o trânsito em julgado e permite a prisão cautelar. Também aponta o tríplice aspecto da presunção de inocência, demonstrando, entre outras coisas, que o ônus da prova deve ser do estado acusador e que o réu não pode ser tratado pelo Estado como culpado até o fim do processo judicial.

Ele aponta que apesar da necessidade de se solucionar os problemas de impunidade gerados pela morosidade judiciária, a solução necessária para aplacar a vontade popular deve ocorrer por meio de uma reforma que faça o resto do processo funcional e não na destruição de uma garantia individual. Além disso, aponta que o uso de convenções internacionais em que o Brasil é signatário para apontar outra solução não encontra respaldo lógico, pois, tendo os dois o mesmo nível hierárquico deve-se aplicar a lei mais vantajosa ao réu.

Posteriormente, o ministro aponta a impossibilidade de comparar com países como os Estados Unidos, que tem outra definição de presunção de inocência, devendo-se comparar com países como Portugal e Itália, que possuem regras semelhantes à nossa.

Ainda, aponta que a presunção de inocência atinge o CPP como um todo, e não apenas o artigo referente a proibição de prisão sem o trânsito em julgado, sendo vedada até mesmo a cobrança de pena de multa antes do trânsito em julgado.

Além disso, o ministro opta por enfrentar um tema conexo não suscitado na ação, que é a possibilidade de prisão antecipada por condenação no júri. Nesse caso, ele demonstra que a soberania do veredito não é capaz de superar a presunção de inocência, razão pela qual não se deve ter prisão com apenas a condenação pelo júri.

Ele, por fim, conclui seu voto afirmando que a mitigação da presunção de inocência para antecipar a pena é um erro inconstitucional e ilegal, além de apontar que o ataque a presunção de inocência só se dá em sociedades autocráticas.

Por fim, o ministro presidente, Dias Toffoli, deu o sexto e último voto para a aprovação das ADCs e proibição do cumprimento antecipado da sentença penal condenatória, fechando o caso em estreita margem de 6 votos a 5. A sua argumentação é peculiar a apresentada pelos

outros ministros, iniciando fazendo um distinguishing para não ter que enfrentar o precedente de 2016. Após isso, a sua argumentação para permitir a validade do artigo que veda a prisão em segunda instância se baseia na análise do combate à criminalidade e no princípio da legalidade, pois para ele a proibição de prisão antes do trânsito em julgado não está prevista no princípio constitucional da presunção de inocência, porém o princípio da presunção de inocência defendido pela corte interamericana indica que o princípio deve ser regulado por lei.

4.3. Análise da argumentação dos ministros

A primeira coisa que deve ser apontada quanto a essa decisão é que apesar de ter tido a maioria para a definição do resultado, não se pode dizer que houve uma criação de precedente propriamente dita, visto que não houve argumentação jurídica majoritária, logo não houve Ratio Decidendi majoritária.

Com a exceção do voto do ministro Dias Toffoli, os votos dos outros 5 ministros tinham forte relações entre eles, mostrando que no caso, provavelmente devido a sua constante discussão na corte, ele não sofre tanto com falta de diálogo interno presente no sistema de cortes seriatim.

Em relação ao motivo para a superação do precedente, no caso dos cinco ministros que acreditam que deveria acontecer a superação do precedente, a argumentação se baseia principalmente na ideia de que o precedente é genuinamente errado, visto que não cabe interpretação de norma expressa. Além disso, os votos, com destaque ao voto do ministro Gilmar Mendes ao tratar do estado de coisa inconstitucional, apresentam também como a manutenção do precedente gera danos aos cidadãos, que ficariam indevidamente encarcerados num sistema que está em crise, mesmo sendo, conforme a Constituição, inocentes.

A argumentação adequada, porém, é insuficiente para a garantia da previsibilidade do sistema, visto que, tendo ocorrido 3 mudanças de precedente no período de 11 anos, e sendo a margem extremamente estreita, existe a possibilidade de, no futuro, quando confrontado com essa questão novamente, o tribunal alterar o precedente mais uma vez. Essa sensação aumenta ainda devido ao voto do ministro Toffoli, visto que ele não enfrentou o precedente anterior.

O voto do ministro Toffoli, por sua vez, forçou o precedente existente a perder toda a sua eficiência, sem, porém, ter enfrentado o precedente para ter a sua superação. O ministro afirma que os casos são distintos, e que, portanto, não precisa enfrentar o precedente, porém, a sua decisão de considerar constitucional o artigo legal, faz com que o precedente de 2016 perca completamente a sua aplicabilidade, pois, visto que o artigo da 283 do CPP é constitucional,

não é mais permitida a execução penal após duas instâncias. Dessa forma, a sua argumentação tem como resultado algo como uma superação implícita do precedente, visto que ele se esquivou de enfrentar o ônus argumentativo da superação.

Além disso, tendo em vista que não houve maioria argumentativa quanto a matéria, cumpre ressaltar que após 2 alterações de precedente em 2009 e 2016, em verdade, a partir de 2019, pode-se considerar que não existe, em verdade, nenhum precedente quanto a essa matéria, só existindo alguma estabilidade sistêmica pelo efeito vinculante do resultado da ADC que garante a observância do artigo do CPP.

Dessa forma, esse caso é interessante para a análise do momento de superação de precedente no STF, tanto por poder demonstrar como os ministros fazem a argumentação específica, como pode ser visto de maneira clara nos votos da maioria dos ministros favoráveis a superação, além disso, demonstra alguns dos problemas esperados para a formação e superação de precedentes no Brasil, como a falta de um discurso institucional e a consequente falta de clareza da Ratio Decidendi.

Quanto a coisas que enfraqueceriam a legitimidade do precedente anterior antes dessa discussão, são diversas as que são facilmente perceptíveis, como a fraca margem de maioria quando foi formado o precedente anterior (problema este que continua neste precedente), o constante não seguimento do precedente pelos ministros Gilmar Mendes, Marco Aurelio Mello e Lewandowski em suas decisões ordinárias, e o voto da ministra Rosa Weber indicando que ela estava para mudar seu posicionamento em relação a matéria quando houvesse a decisão das ações de constitucionalidade no Habeas Corpus anterior. Essa declaração da ministra Rosa Weber é um caso interessante de sinalização, pois, apesar de não ter saído do posicionamento majoritário, defendido pelos outros cinco ministros que faziam parte do posicionamento a favor da antecipação da execução da pena, foi indicação clara da perda de confiabilidade do precedente, pois com apenas a mudança de posicionamento dela seria possível se derrubar o precedente criado em 2016.

Quanto as razões substanciais para a mudança do precedente, a principal dela era o princípio da presunção de inocência, mas foram apresentadas de maneira secundária a impossibilidade de interpretar o dispositivo da Constituição para negar aquilo que está diretamente escrito nele e a dignidade da pessoa humana da pessoa que está presa, tendo em vista o problema de estado de coisa inconstitucional que existe no sistema carcerário brasileiro hoje.

Quanto a modulação de resultados dessa ação, ela não foi feita, mas ela seria duplamente desnecessária, primeiro porque a confiabilidade no precedente já estava fortemente fragilizada,

seja pela instabilidade do precedente, seja pelo conhecimento de que ele estava para ser superado segundo aviso publico da ministra Rosa Weber. Segundo, tendo em vista que se trata de uma questão de execução penal, na qual se segue o conceito do código penal de que até mesmo a lei retroage para beneficiar o apenado.

Conclusão

Dessa forma, podemos compreender que o Supremo Tribunal Federal é uma Corte que busca se enquadrar no sistema de Corte Suprema, e está num processo de fortalecer as suas características que a colocam nesse sistema. Ela é uma corte que age tanto como Tribunal Constitucional, por meio das ações do controle concentrado quanto como Suprema corte, quando julga Recursos Extraordinários, porém também possui outras funções, como o julgamento de remédios constitucionais e recursos ordinários, em que a sua função não é a de unificar o direito. Por fim, a sua forma decisiva é tradicionalmente a do modelo *seriatim*, mas a sua atuação com o Plenário Virtual se afasta desse modelo com a possibilidade de visualizar os votos já apresentados e as sustentações durante o período de votação, o que aumenta o poder de convencimento que pode acontecer durante a decisão judicial e, portanto, a sua deliberação interna.

Quanto ao sistema de precedentes, podemos verificar que o sistema britânico levou séculos para desenvolver o sistema de precedentes com as regras que conhecemos hoje, como por exemplo, a auto vinculação da corte que criou o precedente, e o Brasil ainda está em seus primeiros passos para se adaptar a esse sistema novo sistema, que, se tendo por base o CPC, só está em vigência a 7 anos. Após isso, verificamos um pouco como se deu esse processo de desenvolvimento de fortalecimento do Supremo Tribunal Federal e da valorização de suas decisões até o momento em que se chegou a previsão de necessidade de observação dos precedentes em 2015. Após isso, foi verificado 2 dos conteúdos principais da discussão de precedente que são a *ratio decidendi* e o *obiter dicta* para que fosse possível analisar quais eram os fatos determinantes para a decisão do caso em análise.

Depois, foi apresentada a dupla vinculação do precedente, mostrando que ele deve ser seguido tanto pela corte que o criou quanto pelas cortes que se submetem a ela nessa matéria. Sabendo disso, foi apresentado os três tipos de comparações diferentes entre o caso precedente e um novo caso. Identidade, quando os casos têm todas as suas características com a exceção de seus elementos acidentais iguais; semelhança, que é quando é necessário algum grau de abstração para que possa se compatibilizar os elementos determinantes do precedente com os do caso que está sendo comparado. Por fim, existe a distinção, que é quando ou não é possível fazer esse processo necessário para a semelhança, ou, podendo, existe um fato novo relevante que não foi analisado anteriormente. Além disso, existe ainda a possibilidade de distinção inconsistente que é quando o tribunal opta por fazer uma distinção falsa para deixar de aplicar o precedente. Esse processo gera problemas para a segurança jurídica e para a manutenção do

direito em curto prazo, mas permite um diálogo entre os tribunais que estão desrespeitando o precedente e o que criou esse precedente estimulando um desenvolvimento do direito.

Quanto a superação de precedente, foram vistas diversas classificações e formas distintas de analisar a superação do precedente, mas elas se resumem na necessidade de se considerar não só a vantagem do precedente novo, mas os danos causados pela superação, sendo necessário, dessa forma, que a necessidade de superação seja mais forte que os danos causados pela superação surpresa contra a confiança justificada do jurisdicionado na manutenção do precedente. Esse dano pode ser menor tanto por casos em que o precedente é fragilizado, como a existência de muitas distinções inconsistentes, quanto quando o tribunal age com esse objetivo, podendo ser por meio da sinalização de superação do precedente, em que o tribunal aponta que a confiança justificada não é mais justificada ou pela modulação de efeitos, que permite fazer a superação do precedente, mas atingindo menos a confiança justificada.

Além disso, foi tratada da possibilidade de se ter decisão que se afirma como superadora de precedente, porém é apenas desrespeito a ele, e a apresentação da possibilidade de se haver superação de precedentes por meio de reclamação, mas que esse meio tem problemas devido ser competência das turmas, sendo o precedente analisado muitas vezes do plenário.

Tratando sobre o caso das ADCs, por fim, é importante compreender que a matéria de antecipação da execução da pena restritiva de liberdade é um tema que passou por 3 mudanças de precedente desde a Constituição, porém, as posições que levou a decisão de 2009 e de 2019 são praticamente a mesma, sendo a diferença que levou as mudanças tanto de 2016 quanto a de 2019 parecerem mais serem relacionadas a mudança de composição e posicionamento pessoal de ministros do que de fatos novos que levaram a corte a mudar o precedente.

Além disso, conforme apresentado por Macedo (2022, 2022, p. 334), o precedente ganha força com a sua reafirmação e com o tempo, dessa forma, o constante processo de superação do precedente em relação a matéria analisada torna o precedente fraco, em especial visto que ele costuma ser decidido por maiorias estreitas, o que já é outro fator que tende a deixá-lo mais fraco, visto que caso entre um novo ministro na corte que tenha um posicionamento favorável a outra visão, ou um ministro mude de opinião, como ocorreu com o ministro Gilmar Mendes para o precedente de 2019, se consegue alterar o precedente.

Em relação a justificativa para a superação, ela foi feita de maneira clara no voto da maioria dos ministros, apontando a necessidade de garantir o princípio da segurança jurídica em conjunto com a garantia do dispositivo tratando da segurança jurídica presente no artigo 5º, LVIII da CF.

Tendo em vista a sinalização prévia da ministra Rosa Weber na direção da superação do precedente, também se indica que também não houve surpresa do jurisdicionado com a decisão.

Essa decisão, porém, também não gera uma grande segurança, visto que a maior parte dos ministros que compunham essa maioria se aposentaram, além de ter sido uma decisão de 6 votos a 5 em que um dos votos que formou a maioria não teve a mesma argumentação, não sendo possível, dessa forma, a criação de *ratio decidendi* da corte na decisão.

Dessa forma, fica visível que a falta de visão institucional da suprema corte é possivelmente o seu maior problema na sua relação com esse precedente, visto que todos os ministros sempre votam de acordo com o seu posicionamento e com simples mudança de composição para que o outro grupo se torne maioria de novo, o precedente vai ser reformado novamente. Nesse mesmo sentido, também é marcante que mesmo compondo maioria, não houve motivação dominante nessa decisão, sendo esse um dos temas mais discutidos na corte, tendo em vista a quantidade de vezes que esse precedente foi reformado.

Portanto, os votos da maioria dos ministros foi capaz de justificar porque o precedente era necessário e mais importante que a manutenção do precedente, mas será que esses critérios são o suficiente para se formar uma real sensação de estabilidade jurídica na corte?

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ANDRADE, Ana Karenina Silva Ramalho. O stare decidis horizontal: quando distinguir o descumprimento da superação do precedente? Revista Caderno Virtual, Brasília, v. 3, n. 45, ago./nov., 2019. Disponível em < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/3930/1707/13601> >. Acesso em 20 de Outubro de 2023.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 217, p. 135-156, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p135>. Acesso em 16 de Agosto de 2023

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Quem somos. A magistratura que queremos. 2018. Disponível em < https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf > . Acesso em 26 de Junho de 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 11 de janeiro de 2023

BRASIL. Emenda Constitucional 3 de 17 de Março de 1993. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm > Acesso em 30 de Maio de 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional 45 de 30 de Dezembro de 2004. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm > Acesso em 30 de Maio de 2023.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm >. Acesso em: 2 de Outubro de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 2 de Outubro de 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Direta de Constitucionalidade nº 43. Brasília, 2019. Acórdão disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf> >. Acesso em: 2 de outubro de 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Brasília, 2011. Acórdão disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> >. Acesso em: 19 de Agosto de 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Agravo Interno em Reclamação Constitucional nº 39.305. Brasília, 2020. Acórdão disponível em <

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342926953&ext=.pdf> >. Acesso em: 30 de Maio .de 2023

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 152.752. Brasília, 2018. Acórdão disponível em <
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272> >. Acesso em: 30 de Maio .de 2023

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 146.815. Brasília, 2017. Acórdão disponível em <
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272> >. Acesso em: 30 de Maio .de 2023

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). O plenário virtual na pandemia da Covid-19 [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. -- Brasília : STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. 60 p.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). QUADRO DE DISTRIBUIÇÃO DE PROCESSOS DA CORTE. Brasília, 2023. Disponível em: <
<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/acervo/acervostf2.pdf> >
Acesso em: 30 de Abril de 2023

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Recurso Extraordinário nº 655.265. Brasília, 2019. Acórdão disponível em <
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310064847&ext=.pdf>
>. Acesso em: 2 de Outubro .de 2023

CABRAL, Antonio do Passo. **A Técnica do Julgamento-alerta na Alteração de Jurisprudência Consolidada: Segurança Jurídica e Proteção da Confiança no Direito Processual**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 56, abr./jun. 2015

Didier Jr., Fredie; Souza, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro** Revista de Processo Comparado: RPC, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 99-120, jul./dez. 2015.

DIDIER JR., F. O Recurso Extraordinário e a transformação do Controle Difuso de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Revista do CEPEJ, [S. l.], n. 8, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/37521>. Acesso em: 4 dez. 2023.

FREIRE PIMENTA, J. R. .; SILVA, J. C. de O. A Reclamação como Instrumento de Revisão dos Precedentes Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. Direito Público, [S. l.], v. 19, n. 101, 2022. DOI: 10.11117/rdp.v19i101.6067. Disponível em: <
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6067> >. Acesso em: 2 out. 2023.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o sistema de precedentes. Revista Jurídica da UniFil, [S.l.], v. 18, n. 18, p. 146-173, set. 2022. ISSN 2674-7251. Disponível em: <<http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/2616>>. Acesso em: 04 dez. 2023.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **Superação de precedentes:** da necessária via processual e o uso da reclamação para superar e interpretar precedentes. Londrina: Thoth, 2020.

HAMILTON, Alexander. Federalist Papers 78: The Judiciary Department . Nova York: McLean, 1788. Disponível em: < <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80#s-lg-box-wrapper-25493470> > Acesso em: 20 de Maio de 2023

_____. Federalist Papers 79: The Judiciary Continued. Nova York: McLean, 1788. Disponível em < <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80#s-lg-box-wrapper-25493471> > Acesso em: 20 de Maio de 2023

_____. Federalist Papers 80: The Powers of the Judiciary. Nova York: McLean, 1788. Disponível em < <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80#s-lg-box-wrapper-25493472> > Acesso em: 20 de Maio de 2023

_____. Federalist Papers 81: The Judiciary Continued, and the Distribution of the Judicial Authority. Nova York: McLean, 1788. Disponível em < <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-81-85#s-lg-box-wrapper-25493488> > Acesso em: 20 de Maio de 2023

_____. Federalist Papers 82: The Judiciary Continued. Nova York: McLean, 1788. Disponível em < <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-81-85#s-lg-box-wrapper-25493489> > Acesso em: 20 de Maio de 2023

_____. Federalist Papers 83: The Judiciary Continued in relation to trial by jury. Nova York: McLean, 1788. Disponível em < <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-81-85#s-lg-box-wrapper-25493490> > Acesso em: 20 de Maio de 2023

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KORNHAUSER, Lewis A. Deciding together. revista de Estudos institucionais, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em < <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/10/17> >. Acesso em 25 de Maio de 2023

LAGI, Sara. Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929). Co-herencia, Medellín , v. 9, n. 16, pp. 273-295, June 2012 . Disponível em < http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-58872012000100010&lng=en&nrm=iso >. acesso em: 2 de Junho de 2023.

Macêdo, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil** - 4. ed. rev. ampl. e atual. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

MAGALHÃES, Breno Baía. A trajetória da transcendência dos motivos determinantes. O fim da história? Senado. Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

_____. Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 47, p. 181-237, jan./mar. 2013. Disponível em: < <https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-47/artigo-das-pags-181-237> >. Acesso em: 2 de outubro de 2023

MASCARENHAS, Julia Prado. A reclamação como meio de controle da aplicação de precedentes. Dissertação de Mestrado de Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018. Disponível em: < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17092020-174013/publico/6489494_Dissertacao_Original.pdf > Acesso em: 19 de Agosto de 2023.

MELLO, Patricia Perrone Campos; BAQUERO, Paula de Andrade. **DISTINÇÃO INCONSISTENTE E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 8, n. 1 (2018). Brasília, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no sistema brasileiro. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf> >. Acesso em 02 de outubro de 2023.

MENDES, Conrado Hubner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais no STF. In: MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). Direito e interpretação: racionalidade e instituições. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011, p. 337-361;

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle a Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 4ª edição ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão a Vinculação**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Ratio Decidendi: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta?**. 1ª edição.

OLIVEIRA, Eluá Marques de. Supremo Tribunal Federal: uma corte constitucional sui generis. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 24, n. 95, p. 37-59, abr./jun. 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

PANUTTO, Peter. **A PLENA DELIBERAÇÃO INTERNA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A EFETIVA CRIAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES ESTA BELECIDOS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 2, p. 205-226, mai./ago. 2017, p. 205-226. Disponível em: < <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/941> > Acesso em 1º de Julho de 2018

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e modulação de efeitos** - 5. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

SILVA, E. P. OS EFEITOS DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**, [S. l.], v. 24, n. 26, 2014. DOI: 10.9771/rppgd.v24i26.11926. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/11926>. Acesso em: 10 de novembro de 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Deciding without deliberating**, International Journal of Constitutional Law, Volume 11, Issue 3, July 2013, pp. 557–584. Disponível em: < <https://doi.org/10.1093/icon/mot019> > Acesso em: 24 de Junho de 2023

_____, O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista De Direito Administrativo*, 250, 197–227. 2009. Disponível em: < <https://doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144> >. Acesso em: 20 de Junho de 2023

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a.3, n.2, jul.-dez. 2014. Disponível em: < <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/download/587/428> >. Acesso em 10 de Maio de 2023.